UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES ECONOMIQUES

LE RETRAIT SUCCESSORAL

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 31 Mai 1965

PAR

Philippe BOUQUILLARD

Membres du Jury ..... M. Henri MAZEAUD, *Président*
M. CARBONNIER. } *Suffragants*
M. J. CHEVALLIER }

LIMOGES
IMPRIMERIE TOURON ET FILS
3, place de l'Ancienne-Comédie

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544306_0008

LE RETRAIT SUCCESSORAL

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

» Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs. »

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES ECONOMIQUES

LE RETRAIT SUCCESSORAL

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 31 Mai 1965

PAR

Philippe BOUQUILLARD

Membres du Jury ..... M. Henri MAZEAUD, *Président*
M. CARBONNIER. } *Suffragants*
M. J. CHEVALLIER }

LIMOGES
IMPRIMERIE TOURON ET FILS
3, place de l'Ancienne-Comédie

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INTRODUCTION

Le partage d'une succession est une opération judirique dont le réglement est aggravé par la complexité des rapports psychologiques qu'elle crée nécessairement entre les parties. Lorsqu'une indivision naît à la suite d'un décès, il semble du plus grand intérêt de circonscrire l'état d'indivision et les opérations du partage qui y mettront fin, dans le cercle des cohéritiers.

A cet effet, le Code civil a réservé un moyen particulier au profit de l'héritier qui, par le fait de la cession de droits héréditaires consentie par l'un de ses cohéritiers, se trouve en présence d'une personne étrangère au moment du partage. Ce moyen spécial de protection réside dans le retrait successoral.

Un acte — la cession de droits successifs — est intervenu dans des conditions parfaitement conformes à la loi et aux volontés privées. Néanmoins, il a pour principal effet de faire pénétrer un étranger, dépourvu de toute vocation universelle ou à titre universel, au sein de l'indivision en le rendant partie à la liquidation de la succession. Cette irruption d'un étranger dans un univers spécifiquement familial est envisagée défavorablement par le législateur.

Le retrait successoral, en effet, est la faculté accordée par la loi au cohéritier de se substituer à l'acquéreur étranger à l'indivision héréditaire dans le bénéfice de la cession de droits successifs qu'il s'est fait consentir par un autre cohéritier, en lui remboursant le prix d'acquisition.

Cette faculté est accordée par l'article 841 du Code civil en ces termes : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohériter aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ».

Il s'agit bien là d'un moyen de protection exceptionnel dont l'influence se manifeste sur le plan de l'indivision successorale et tout particulièrement du partage qui y met fin.

Il semble, de prime abord, que l'on se trouve en face d'une institution empreinte d'une forte originalité : l'article 841 paraît s'imprimer en caractères singuliers dans le contexte dans lequel il s'insère. Le Code civil, en effet, à deux exceptions près (le retrait d'indivision — article 1408, alinéa 2 — et le retrait litigieux — article 1699), nous a peu familiarisés avec ce genre d'opération qui consiste, pour une personne, par sa seule volonté et par la force de la loi, à prendre la place d'une autre dans un contrat auquel elle n'a pas été partie !

Le retrait successoral ne s'impose certes pas comme une institution

primordiale dans notre droit. Mais si son originalité est déjà une des raisons pour lesquelles on en aborde l'étude avec intérêt, cet intérêt justement s'accroît par le fait que le retrait semble connaître actuellement une activité nouvelle faisant suite à une certaine stagnation.

En effet, de nombreuses décisions relatives au retrait successoral sont rendues chaque année, témoignant ainsi de la vitalité de l'institution, et la Cour de Cassation, qui statue à son sujet plus fréquemment que par le passé, a connu récemment de curieux revirements sur des points qui semblaient définitivement tranchés.

Cette recrudescence de faveur se lie à n'en pas douter à la période de dépréciation monétaire que nous vivons à l'heure actuelle : lorsqu'une indivision dure un tant soit peu, les héritiers ont un intérêt pécuniaire certain à user de la faculté que la loi leur réserve.

Par ailleurs, il semble bien que des raisons psychologiques, tenant à la mentalité des parties qui tend à détourner le retrait de son but véritable, soient également à l'origine de nombreux litiges soumis à l'appréciation des tribunaux.

Toutes ces raisons font qu'il paraît particulièrement intéressant et opportun de faire le point sur cette institution qui, après avoir fait l'objet de nombreuses études au cours du siècle dernier, fut quelque peu délaissée depuis plusieurs décades.

D'où vient le retrait successoral, quel est son fondement et quelle évolution a-t-il subie ? Telles sont les premières questions auxquelles il faut répondre avant d'entreprendre l'étude de l'institution à travers la cession qui en est l'objet et les parties qu'elle met en cause. Il conviendra ensuite de voir comment s'exerce le retrait et quels sont les effets qu'il produit, pour terminer par une analyse critique au résultat de laquelle la question du problème législatif sera posée.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET EVOLUTION DU RETRAIT SUCCESSORAL

S'il est une institution pour l'étude de laquelle l'analyse des origines et de l'évolution historiques est indispensable, c'est bien le retrait successoral. Effectivement ce retrait, auquel les rédacteurs du Code civil ont fait l'hommage parcimonieux de quelques lignes (au nombre de quatre pour être précis), est pour le juriste hanté par les équivoques et les interprétations subjectives. un domaine mouvant et semé d'incertitudes vis-à-vis duquel l'histoire projette sa lumière de vérité.

D'où vient le retrait successoral ? A-t-il été créé pour assurer un privilège au bénéfice de la communauté d'héritiers ou bien, au contraire, n'est-il qu'un simple moyen d'auto-défense familiale ? Quelle évolution a-t-il subie ? Autant de questions que nous allons essayer de résoudre dans le présent chapitre.

SECTION I

ORIGINE DU RETRAIT SUCCESSORAL

Le retrait successoral est le résultat d'une construction prétorienne du Parlement de Paris relativement récente puisque les premiers arrêts remontent au XVI[e] siècle (1). Mais une telle affirmation ne dispense aucunement de faire une brève incursion en Droit romain, puisqu'aussi bien c'est dans ce droit que les Parlements découvrirent, ainsi que nous le verrons, la base légale des principes qu'ils devaient introduire dans notre Droit après les avoir enfermés dans le cadre du retrait.

Est-ce à dire que le Droit romain a connu l'institution du retrait ? Cela pourrait paraître contradictoire avec cette affirmation généralement admise que le Droit romain, très jaloux du caractère absolu du droit de propriété. a toujours ignoré l'institution du retrait dont le système général puise son origine dans le Droit coutumier et repose sur cette idée que le patrimoine est commun à tous les membres de la famille et doit être conservé par elle. En fait, le retrait successoral tel qu'il existe dans notre

(1) Sur l'origine du retrait successoral, cf. l'étude fondamentale de A. Desjardins, rev. prat. de droit français, 1870, t. XXX, p. 497 et s.

législation semble avoir été inconnu des Romains, à une exception près, tenant à une pratique comparable à certains égards à notre institution, dont l'apparition tardive fut de courte durée. On en trouve seulement la trace certaine dans une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius : il s'agit d'un texte célèbre au Moyen Age dans l'histoire du retrait : la « loi Dudum » (2). Les termes de cette loi sont très positifs : elle fait allusion, pour l'abroger, à une loi plus ancienne permettant aux parents copropriétaires, quand l'un d'eux avait aliéné sa part à un étranger, de reprendre la chose à l'acheteur et de l'écarter en lui remboursant son prix d'acquisition. Les empereurs estimèrent qu'il y avait là une grande injustice, voilée sous un faux prétexte de bienséance, et que chacun devait être libre de vendre à tel acquéreur que bon lui semblait ; aussi abrogèrent-ils cette loi par une constitution portant la date de 391 (3).

Ainsi donc, à l'exception de cette tentative qui, en fait, n'a pas abouti, les Romains ignorent ce qu'était un retrait.

Il est même curieux de constater que les Parlements, lorsqu'ils créèrent le retrait successoral, en ayant le souci de lui donner un fondement tiré du Droit romain, ne se servirent pas de la seule loi qui, en réalité, faisait allusion à un retrait

En effet les lois que nous allons trouver au début de l'élaboration de ce qui deviendra le retrait successoral, ce sont les lois « Per diversas et Ab Anastasio » (4). La Constitution d'Anastase « Per diversas », confirmée et sanctionnée d'une façon plus sévère par Justinien qui, dans sa constitution « Ab Anastasio » n'admet plus d'exceptions, décidait qu'en cas de cessions de créance litigieuse, le droit acquis par le cessionnaire serait limité, « ipso jure », à la somme par lui déboursée : l'action n'était donnée contre le débiteur cédé qu'à concurrence de cette somme et des intérêts.

Le Parlement de Paris introduisit ces deux lois en pays de coutume et en fit application aux cessions de créances litigieuses : c'est sur cette base légale que furent créés le retrait litigieux et, par une sorte de dérivation juridique, le retrait successoral.

Il faut maintenant examiner comment le retrait successoral a fait son apparition dans notre ancien Droit : il semblerait que cette institution ait une place particulière parmi les autres retraits tant dans sa genèse que dans son fondement. Il s'agit là d'une élaboration lente, d'une sorte de cristallisation, faite sans idée et plan préconçus, qui répondait aux besoins de la pratique bien plus qu'à la nécessité d'une construction juridique, c'est-à-dire la création d'un nouveau retrait (5).

---

(2) Loi 6 au Code Théodosien, III, I ; et loi 14 au Code de Justinien, liv. IV, tit. XXXVIII, « de contrahenda emptione ».

(3) On aurait pu voir, par ailleurs, une allusion à un retrait successoral dans deux rescrits rendus par les empereurs Dioclétien et Maximien (Lois 3 et 4 au Code de Justinien, liv. IV, tit L II, « de communium rerum alienatione ») : mais la majorité des auteurs s'accorde pour considérer que ces deux textes n'ont absolument rien de probant à cet égard.

(4) Lois 22 et 23 au Code, Mandati vel contra, liv. IV, tit. XXXV.

(5) Nous verrons par la suite que l'expression même de retrait successoral n'apparaîtra (avec Denisart) que vers le milieu du XVIII[e] siècle. C'est donc

L'arrêt le plus ancien, établissant une subrogation au profit d'un cohéritier contre un cessionnaire est un arrêt du Parlement de Paris de 1521 (6). Cet arrêt, comme ceux qui l'ont suivi dans le courant du XVI[e] siècle (7), semble fondé uniquement sur des considérations de fait (fraude du cessionnaire) et ne fait pas jurisprudence.

C'est le 29 juillet 1595 que le Parlement de Paris rend un arrêt (8) créant un véritable retrait : arrêt fondé, cette fois, sur des considérations de droit, puisqu'il s'appuie sur les lois « Per diversas et Ab Anastasio ». Mais la question n'est pas encore tranchée d'une façon définitive car toute l'argumentation repose sur cette présomption que les droits successifs sont litigieux ou peuvent le devenir.

Ainsi donc, dans le courant du XVI[e] siècle, se dessine déjà une première évolution : les premiers arrêts, qui n'ont d'ailleurs aucune influence réelle, font dépendre des faits la décision de chaque procès.

L'arrêt de 1595 applique purement et simplement les lois « Per diversas et Ab Anastasio » aux droits successifs considérés comme litigieux tant qu'ils sont indivis.

Ce sont les besoins de la pratique qui sont à l'origine des modifications insensibles du champ d'application de ces lois.

Le motif qui a donné naissance au retrait successoral créé par les Parlements réside dans le désir d'écarter les spéculateurs.

La subrogation est accordée dans le but de protéger les intérêts pécuniaires des cohéritiers en leur permettant l'écarter un cessionnaire venu pour spéculer et éviter les procès.

On était toujours dans l'esprit des lois romaines dont on avait conservé les motifs, mais on avait sérieusement modifié le champ d'application et cette extension obligeait à considérer sous un angle différent la sanction établie par ces lois : de l'exercice de la créance elle-même (simplement réduite quant à la somme) on admit la subrogation. De la subrogation on devait tout naturellement passer à la notion de retrait. Il en résulte

---

une subrogation qui va être créée. Notons avec Brissaud (Hist. du droit, p. 1337, note 6) que « les retraits proprement dits sont la manifestation d'un droit de propriété latent tandis que la subrogation concerne plutôt les créances ». Cette remarque n'a de valeur qu'historique car d'un point de vue juridique il est malaisé d'opposer « retrait » à « subrogation » quand le premier de ces termes s'analyse précisément dans le second.

(6) Brillon, « Dictionnaire des Arrêts », nouv. éd., Paris 1727, t. 11, v° droits litigieux, 81 bis.

(7) Cf. Arrêts du 6 Mai 1536, rapporté par Maynard, « Notables et singulières questions de droict escrit décidées et jugées par arrests mémorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose », tome I de la Bibliothèque Tholosane, Paris, 1638, liv. III, ch. 90, n° 6, col 1458.

12 juillet 1578 cité par Charondas le Caron, « Pandectes ou Digestes du Droict français, Paris, 1607, in-F°, t. II, chap. XXIX, p. 277.

Et les arrêts du 3 septembre 1588, du 28 avril 1589 et de juin 1596 (en robes rouges) cités par Denisart « Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence », ed. Camus et Bayard, en 14 vol., in-4°, dite « le Nouveau Denisart », Paris, 1783-1807, v° cession de droits successifs § 41, n° 2 (t. IV, p. 398).

(8) Charondas le Caron, op. cit., in eod. ; Chenu, « Cent notables et singulières questions décidées par arrests mémorables des Cours souveraines de France, Paris, 1963, 2[e] éd., in-4° ; question XCIX.

d'ailleurs que, déjà à ce stade, les lois « Per diversas et Ab Anastasio » sont devenues méconnaissables.

La déformation des lois romaines n'est pas le seul fait caractéristique, préludant à la naissance du retrait successoral : le fait même que ce soit une subrogation qui soit donnée comme sanction à des lois qui, par définition, sont complètement étrangères à cette institution n'est pas moins significatif ; surtout lorsqu'on note l'origine essentiellement coutumière des autres retraits du Moyen Age et lorsqu'on sait que leur fondement procède intrinsèquement de l'idée de conversation des biens dans les familles.

Ces remarques suffisent à démontrer l'origine toute particulière du retrait successoral : un fondement tiré de lois romaines qui n'avaient pas prévu les cas ainsi sanctionnés ; une sanction se matérialisant dans une institution dont toute l'économie procède d'idées essentiellement différentes de celles ayant présidé à sa création. Le retrait successoral comme le retrait litigieux, se trouve au confluent des législations coutumière et romaine.

Mais cet arrêt de 1595, nous l'avons vu, n'est pas décisif, puisqu'il fait appel à cette fiction que tous les droits successifs sont litigieux : il n'avait pas introduit quelque chose de neuf : la vente d'un droit successif s'analysait alors en vente d'un droit litigieux. Il marque néanmoins une étape dans la création de notre institution : il y a déjà une application très nette du retrait successoral, puisque le Parlement de Paris admet sans discussion l'exercice de l'action en subrogation en cas de vente de droits héréditaires à un étranger venu pour spéculer. Mais il s'agit d'un retrait successoral à l'état embryonnaire dont les motifs reposent exclusivement sur les lois anastasiennes. Ces motifs vont évoluer : dès le début du XVII[e] siècle, les Parlements vont justifier d'une façon différente une institution que nous avons vu naître dans le sillage du retrait litigieux. Par voie de conséquence on va s'écarter de l'esprit des lois anastasiennes pour aboutir, à la fin de l'ancien Régime, à un retrait original, autonome, dont les origines ne paraîtront plus tirées du Droit romain que d'une façon très indirecte et dont les formes vont être définitivement coulées dans le moule des retaits coutumiers, de telle sorte que la sanction va sembler l'emporter sur le fondement (9).

C'est un arrêt rendu le 30 avril 1613 par le Parlement de Paris (10) qui, en notre matière, fixa, ou à peu près, la jurisprudence.

Les arguments développés à l'occasion de cet arrêt par l'avocat général Louis Servin sont curieux à connaître (11) : il ne place pas, comme Cha-

---

(9) En ce qui concerne les lois anastasiennes il est intéressant de noter par avance avec M. Cauvy (« Le retrait successoral », thèse, Paris, 1928, p. 66.) qu'au XVIII[e] siècle ces lois continueront à s'appliquer, mais de plus en plus rarement, les Parlements se montrant de moins en moins sévères pour les ventes de droits litigieux. A l'égard de ces dernières, les lois tomberont peu à peu en désuétude, une juste cause quelconque suffira à valider l'opération ; elles ne seront plus appliquées qu'à l'occasion de cessions de droits successifs ».

(10) Cf. Davot et Bannelier, « Traité sur diverses matières de Droit français à l'usage du duché de Bourgogne... », Dijon ; 1788, 4 vol. in-4°, liv. III, traité V, chap. XXV, § IV, note 1428 (tome 1, p. 761).

(11) Louis Servin, « Actions notables et plaidoyez », Paris 1640, in-F°, plaidoyer CIV, p. 880 et s.

rondas, la vente d'un droit successif au nombre des cas réglés et prévus par les lois romaines. Il reconnaît, au contraire, que ces lois ne s'appliquent pas dans cette hypothèse. Mais il fait appel au pouvoir règlementaire dont le Parlement est investi et qu'il compare aux pouvoirs du préteur. Comme celui-ci le Parlement peut, sinon modifier la loi, du moins combler ses lacunes ; il ne s'agit pas d'étendre les lois romaines à une espèce qu'elles n'avaient pas prévue, mais de régler, au moyen d'un arrêt, une situation qu'aucune loi ne consacre (12). En un mot, Servin demande au Parlement de créer une action « in factum », comme le faisait autrefois le magistrat romain.

Et pour entraîner les suffrages de la Cour il fait valoir des arguments de toutes espèces où dominent les considérations d'équité.

Mais l'argument le plus remarquable, parce que nouveau d'une part et d'autre part parce qu'il va devenir le motif primordial du retrait successoral, réside dans le fait qu'il faut défendre les secrets de famille (13). Le Parlement de Paris donna gain de cause à l'avocat général Servin : cet arrêt de 1613 eut une grande importance. Ecarter ceux qui viennent spéculer sur les biens héréditaires ou familiaux, écarter ceux qui viennent pénétrer les secrets de famille : tels sont les deux motifs d'équité pour lesquels l'action en subrogation a été accordée contre le cessionnaire de droits héréditaires (14)

L'arrêt rendu en 1613 fit la loi dans le ressort de Paris et les arrêts qui le suivirent ne firent que le confirmer en statuant dans le même sens (15).

Désormais on ne parle plus du danger des procès ou, du moins, ce n'est qu'un motif accessoire. La raison dominante que l'on donne dans tous les Parlements et qui semble suffisante, est la nécessité d'assurer la protection des secrets de famille (16) C'est ainsi que le retrait sucesso-

---

(12) « Tournant la face vers la raison — dit-il — et tirant le droit de vive source, il est très certain que ces cas nouveaux et non attendus qui survienent chaque jour requièrent des lois nouvelles pour le retranchement des pechez, comme a très bien dit Philon écrivant la vie de Moïse. »

(13) Servin parle de ceux qui « prennent des cessions de droits pour entrer ès secrets d'une famille d'où ils ne sont point, et s'approprier les biens d'icelle, en expropriant et vexant les vrays héritiers par achat qu'ils font de leurs cohéritiers à marché » (id. est : à bon marché).

(14) Lebrun (Traité des Successions, Paris 1692, in-F°, liv. IV, ch. II, sect. III, n° 66) reconnaît tout ce que cette jurisprudence a de force quand il dit : « nous avons étendu jusques là les lois per diversas et Ab Anastasio, quoy qu'elles ne parlent point de ces cas : ce que nous avons fait par cette raison qu'il y a ordinairement de la vexation ou un extrême intéressement de la part de l'étranger curieux d'apprendre les affaires d'autruy. Curiosus nemo, quin sit malevolus, dit Plaute (Stich I, III) ».

(15) Cf. notamment deux arrêts rendus, l'un le 28 Août 1738 commenté par Denisart, « Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle », Paris, 1771, 4 vol. in-4°, v° Droits successifs, n° 10 (tome II, p. 255), l'autre le 13 Août 1750, commenté par Bourjon, « le droit commun de la France, et le Coutume de Paris réduits en principes », Paris, 1770, 2 vol. in-F°, liv. III, tit. III, sect. IV, XXXVII (tome I. p. 470).

(16) Brodeau sur Louet « Recueil de plusieurs notables arrêts » ed. de 1678, t. I, lettre C, somm. XIII, n° 2, p. 150, souligne ce fondement principal en émettant cette opinion que la subrogation est accordée à l'héritier « afin qu'il n'ait rien à démêler avec le cessionnaire étranger qui veut pénétrer les secrets d'une famille

ral qui, d'abord, s'était présenté comme une variété de retrait litigieux, apparaissait comme une institution distincte, comme une espèce particulière de retrait. On l'appelait tantôt retrait de droits successifs, tantôt action en subrogation. Le premier auteur qui utilisa l'expression de retrait successoral paraît avoir été Denisart (17). Il est même curieux de constater la timidité avec laquelle les auteurs de l'ancien Droit emploient le terme de retrait à l'égard de cette institution. C'est que la théorie générale des retraits fut très lente à se former : elle ne fut jamais complètement achevée. Le caractère odieux de certains retraits, favorable de certains autres qui, d'ailleurs, comme le retrait successoral, ne procédaient pas de la même origine, rendait une synthèse difficile. On a même douté que le retrait successoral fut un véritable retrait (18). C'est sans doute la raison pour laquelle, notons-le par avance, il résistera farouchement aux tempêtes de la Révolution.

En fait, il s'agit bien d'une variété particulière de retrait (19) et cette constatation n'est pas pour nous étonner puisque nous avons souligné en quoi l'origine du retrait successoral était fondamentalement différente des autres retraits (20). Si ce terme de retrait ne fut pas employé plus tôt, cela tient à ce que notre institution ne répondait pas, nous l'avons dit, au but de la conservation des biens dans les familles, but qui était l'essence même des retraits de l'ancien Droit. Cependant, il convient de remarquer à ce sujet que l'évolution dont nous avons suivi les phases historiques, n'est pas reconnue par tout le monde. Pour certains auteurs, le retrait successoral ne se différenciait pas nettement des autres retraits dans lesquels il puiserait sa substance ; il serait un retrait complémentaire, parallèle, permettant aux héritiers d'empêcher que les biens ne passent aux mains de tiers étrangers à la famille, une sorte d'accessoire au retrait lignager auquel il s'apparenterait plus spécialement (21). Ces opinions ont eu, en

---

dont il n'est point, et vexer et molester par procès les vrais héritiers, en achetant à bon marché les droits de leurs cohéritiers ».

(17) « Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence », par Denisart, édition Camus et Bayard, dite « le Nouveau Denisart », Paris 1783-1807, quatorze volumes in-4°, v° cession de droits successifs, § 4, n° 1 (tome IV, p. 397) : « lorsqu'un des co-successeurs a aliéné la totalité ou une portion de ses droits successifs, cette aliénation donne ouverture à une espèce de retrait, qu'on peut appeler successoral parce que la faculté de l'exercer est accordée aux co-successeurs du cédant ; par ce retrait ils demandent à être subrogés aux droits du cessionnaire en remboursant à celui-ci le prix de la cession. »

(18) Il subsista toujours une différence de forme entre les retraits d'origine coutumière et ceux qui dérivaient des lois Per diversas et Ab Anastasio. La procédure n'était pas la même : les retraits litigieux et successoral s'exerçaient sous la forme d'une action en subrogation, et, pour agir le débiteur, comme l'héritier, devait obtenir des lettres de chancellerie, dites lettres de subrogation. cf. infra, ch. V., sect. III.

(19) Cette profonde différence entre le retrait successoral et les autres retraits de l'ancien Droit est particulièrement mise en relief par A. Desjardins, op. cit., p. 519, n° 23.

(20) C'est pourquoi Pothier n'en parle pas dans le livre écrit par lui sur cette matière spéciale : v. A. Fenet : « Pothier, analyse dans ses rapports avec le Code civil », Paris, 1826, p. 229.

(21) Cf. en ce sens. A. Rodière, note au Journal du Palais, 1862, p. 363, sous Req. 16 juillet 1861, pour qui le retrait successoral est une conséquence de la saisine qui appartient à l'héritier et assure mieux que le retrait lignager la con-

leur temps, le mérite de l'innovation dans la manière de raisonner un processus historique dont il n'est pas possible cependant de se départir d'après les témoignages des auteurs anciens. S'il en était ainsi, il faudrait, d'un point de vue technique, accorder le retrait aux parents non héritiers, le refuser au contraire aux successeurs testamentaires... La suite de nos développements nous prouvera à quel point cette position est insoutenable. Notons toutefois que si le principe de la conservation des biens dans la famille n'est pas le but poursuivi par l'institution, il n'en reste pas moins une conséquence indirecte.

Nous arrivons ainsi à la fin de l'ancien régime : le retrait successoral est définitivement constitué. Les motifs qui le justifient à cette époque peuvent se résumer dans les propositions suivantes émises par Denisart (22) : « son principal objet a été :

» 1° d'empêcher un étranger de venir pénétrer dans les secrets de famille, malgré elle, et qui peuvent quelquefois intéresser son honneur.

» 2° de prévenir les vexations que pourrait faire essuyer aux héritiers le même étranger qui, n'étant lié à eux ni par le sang, ni par l'amitié, ni par le respect commun pour un même auteur, n'aurait pas les mêmes raisons de les ménager, qu'avait son cédant. »

A côté de ce fondement subsiste toujours le motif initial qui présida à la naissance de cette institution : la crainte des spéculateurs et des procès. Mais ce motif qui fut en quelque sorte le tremplin du retrait successoral, est devenu à cette époque très imprécis à telle enseigne que l'on ne s'en fait plus une idée très nette.

C'est finalement la raison apparue la dernière — la protection des secrets de famille — qui est considérée au seuil de la Révolution comme justifiant principalement le retrait successoral (23).

A cette époque donc, le retrait successoral apparaît comme une institution particulière, créée par nos Parlements dans un but de sauvegarde d'ordre extrapatrimonial, dont les origines sont indirectement rattachées au Droit romain et la forme, de caractère coutumier.

Ainsi, le retrait successoral, malgré l'opposition de quelques coutumes (24), de quelques Parlements (25), de quelques jurisconsultes (26),

---

servation des biens de la famille : « car celui-ci ne s'appliquait qu'aux immeubles, tandis que le retrait successoral s'appliquait à tous les droits mobiliers et immobiliers dépendant de l'hérédité ».

Brissaud, « Hist. du droit privé », nouv. éd., E. de Boccard, Paris, 1935, p. 377, note 1. : « à nos yeux, le retrait successoral fut créé d'instinct par la pratique, par extension du retrait lignager et du retrait d'indivision » voir aussi : E. Jobbé-Duval, « Etude sur la condition résolutoire en Droit romain, l'histoire du retrait lignager et la vente à reméré », Thèse Paris, 1874, p. 161, note 1. Beudant, Lerebours-Pigeonnière, « Cours de droit civil français, t. V bis. par Le Balle, 2e éd., Paris, 1936, p. 164, n° 888. P. Henry, rev. crit. 1907, p. 557.

(22) Denisart, op. cit., (Le Nouveau Denisart) in eod. n° 2, p. 398.

(23) Pour Denisart, op. et loc. cit., la protection des secrets de famille n'est plus une extension de la règle, mais sa justification.

(24) Coutumes d'Auvergne, tome IV, 2e partie, p. 1180 du Nouveau Coutumier général, ed. Bourdot de Richebourg, 4 tomes en 8 vol. in-F°, Paris 1724, ch. XXIII, De retrait en retenue, art. XXIII, : « En choses meubles, noms, debtes et actions, retenue n'a point de lieu, ne aussi en vendition de succession universelle ».

était passé dans le droit commun de la France de la manière et dans les conditions qui viennent d'être étudiées.

Tel était l'état de la législation arrivée à la dernière étape de ses transformations successives. Les idées révolutionnaires semblèrent tout remettre en cause.

En effet, le retrait en général était le prototype de l'institution de création féodale, née d'un régime détesté, réalisant un privilège odieux, que le législateur de 1789 ne pouvait épargner.

La suppression des retraits fut l'objet de plusieurs textes concernant des retraits nommément désignés (27)

Mais des difficultés s'étant élevées sur le point de savoir si les autres retraits étaient ou n'étaient pas abrogés, l'Assemblée Législative, par un décret d'ordre du jour du 13 mai 1792 (28), déclara que les lois antérieures avaient entendu « abolir toutes les autres espèces de retraits ».

Mais nous connaissons le particularisme du retrait successoral par rapport à l'ensemble des retraits de l'ancien Droit et nous savons même que l'on doutait qu'il fut un véritable retrait et qu'en tout cas il n'était pas l'expression d'un privilège féodal puisqu'il puisait son fondement dans l'équité. La question de sa suppression ne semblait pas résolue de façon certaine. Elle le fut semble-t-il par un décret de la Convention nationale du 19 floréal an II (8 mai 1794) (29), mais elle le fut d'une manière purement formelle car ce décret n'ayant pas été légalement publié et n'étant pas de ce fait devenu une loi (30), le débat pour beaucoup restait ouvert et notamment pour les tribunaux qui continuaient à faire application de cette doctrine (31) : Ainsi le retrait successoral semble n'avoir

---

Ainsi la coutume d'Auvergne était regardée comme l'excluant formellement. V. aussi Denisart (Le Nouveau Denisart) op. cit. in eodem. nº 11. p. 401.

(25) Le Parlement de Dijon le rejeta par deux arrêts de 1737 et 1738. cf. « Traité sur diverses matières de Droit français à l'usage du Duché de Bourgogne » par Davot avec des notes de Bannelier, 2º éd., Dijon, 1788, t. II, p. 759, note 1428, cf. Desjardins, op. cit., p. 498.

(26) Bannelier, loc. cit., est farouchement hostile au retrait successoral qu'il qualifie de « pur passe droit » constituant en outre une gêne pour le commerce.

(27) Lois, du 13 juin 1790 pour les retraits de bourgeoisie, d'esclèche, de société et de frareuseté ; du 15 mars 1790 pour les retraits féodal et censuel ; du 19 juillet 1790 pour le retrait lignager et de mi-denier (cf. Duvergier, Tables générales analytiques et raisonnées des lois, vº Retraits, t. II, p. 670).

(28) Duvergier, « Collection complète des lois, décrets... » Paris, t. IV, p. 181.

(29) Duvergier, op. cit. t. VII, p. 194 : « considérant que, d'après les décrets rendus jusqu'ici sur cette matière, il ne peut plus exister aucune des espèces de retraits introduits par les anciennes lois, coutumes et usages locaux, que la Convention s'est suffisamment expliquée à cet égard... déclare qu'il n'y a pas lieu à délibérer ».

(30) Cass. rej., 20 mars 1828, S 1828. 1. 373, D. P. 1828. 1. 185. Le décret précité n'avait pas été inséré au bulletin de correspondance.

(31) Req. 16 juin 1819. D. A., vº Succ., nº 1867, « attendu... qu'il est reconnu par les arrêts les plus récents et il ne peut être en effet contesté, que le droit d'offrir et l'action en subrogation... diffèrent essentiellement de toutes les espèces de retraits abolis par les lois de 1790, 1792, 1793 et l'an II... ». Dijon, 26 juillet 1832, D. P. 1834. 1. 272, S. 1834. 1. 312. Contra : Limoges, 24 déc. 1828, S. 1832. 1. 852.

jamais cessé d'être dans l'usage : une sorte de coutume presque générale le maintenait malgré la loi (32).

L'œuvre d'abolition des retraits par le législateur révolutionnaire fut entérinée par les rédacteurs du Code civil qui devaient rejeter tous les retraits de notre ancien Droit à l'exception du retrait litigieux, du retrait successoral et du retrait d'indivision. Cependant les premiers projets du Code civil ne parlent point du retrait successoral. Ce fut Jacqueminot qui en présenta le premier projet à la Commission Législative, section de législation, du Conseil des Cinq Cents, à la séance du 30 frimaire an VIII (21 décembre 1799) (33). Nous retrouvons cette proposition en termes identiques dans le projet présenté par la Commission du gouvernement le 24 thermidor an VIII (12 août 1800) (34) : elle ne fit l'objet d'aucune observation de la part du Tribunal de Cassation (35).

Le projet fit alors la « navette » des tribunaux d'appel où il ne fit généralement pas l'objet de commentaires spéciaux à l'exception des tribunaux d'appel de Lyon qui marquent une nette faveur à son égard (36) et de Montpellier qui se déclare particulièrement hostile à une disposition « qui n'est pas juste » (37).

Le projet revient alors devant le Conseil d'Etat qui, le 23 nivose an XI (13 janvier 1803) en modifia un terme et ajouta une précision, pour aboutir à la rédaction de l'article 131 qui devait devenir l'article 841 de notre Code civil : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession » (38).

L'évolution historique du retrait successoral nous éclaire déjà sur un point : c'est parce que cette institution était fondée sur des considérations d'équité, et répondait à des fins désintéressées et que, de ce fait, elle n'avait pas pour fondement de réaliser un privilège à caractère politique comparable à ceux qui étaient l'essence même des retraits de droit commun, qu'elle a pu résister à la lame de fond des idées révolutionnaires. Si, en un temps, elle fut touchée par des décrets tendant à l'abolir, cela

---

(32) Cette situation s'est produite de façon identique et peut-être même plus certaine, pour le retrait litigieux.

(33) Fenet, « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », Paris, 1836, t. I, p. 422, art. 150.

Cet artcile 150 est rédigé en ces termes : « tout individu, même parent du défunt, qui n'est pas son successible et auquel un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écarté du partage en lui remboursant le prix de la cession ».

(34) Fenet, op. cit., t. II, p 149, art. 156. La Commission du gouvernement était composé de Portalis, Tronchet, Bigot, Préameneu, Maleville.

(35) Cf. Fenet, op. cit., t. II, p. 577, art. 160 : « il était important de faire revivre cette ancienne disposition... si nécessaire pour maintenir la paix dans les familles, pour écarter ces vampires qui cherchent à se glisser partout où il y a quelque chose à dévorer ».

(36) Fenet, op. cit., t. IV, p. 126.

(37) Fenet, op. cit., t. IV, p. 442.

(38) Fenet, op. cit., t. XII, p. 128. Notons que là encore le législateur a évité d'employer le mot retrait.

La promulgation du titre des successions contenant l'article 841, eut lieu le 9 floral au XI (29 avril 1803)

tient, semble-t-il, à une question de terminologie et c'est peut-être la raison pour laquelle le législateur de 1804, dans un but de conciliation, ne reprit pas, dans la rédaction de l'article 841, l'expression de retrait successoral qui aurait pu être, pour le profane, évocatrice de concepts contre lesquels l'idéologie révolutionnaire s'insurgeait avec une vigueur d'autant plus farouche qu'ils se rattachaient directement à ceux qu'elle combattait (39). Historiquement, le retrait successoral n'était pas une institution en soi : il l'est devenu. Il s'est imposé malgré le peu d'enthousiasme qu'il suscitait généralement dans un droit dont l'évolution se projetait vers l'individualisme.

Nous avons vu que le fondement historique du retrait successoral avait évolué au fur et à mesure que l'institution se créait. Initialement la crainte des procès avait d'abord été invoquée ; un droit successif offrait des analogies certaines avec un droit litigieux : ce motif n'était pas le principal mais c'est celui que l'on mettait en avant afin de pouvoir faire jouer les lois anastasiennes.

Plus tard, une autre raison qui, d'abord, ne s'était présentée que sous forme de considération d'équité, prend la première place dans les plaidoyers et dans les livres : c'est la nécessité de sauvegarder les secrets de famille qui, désormais, motive le plus fortement les décisions des Parlements.

Cette rapide esquisse historique, sans laquelle il eut été impossible d'aborder l'étude du retrait successoral, a permis de suivre le méandre de ses origines et de passer en revue toutes les réalités et virtualités ayant influé sur son élaboration. En effet, ne pas tenir compte de l'histoire, c'est en cette matière s'exposer à commettre des erreurs d'interprétation.

SECTION II

L'EVOLUTION DU FONDEMENT DU RETRAIT SUCESSORAL

Le retrait successoral est passé dans notre Code civil sous la forme de l'article 841 : quel a été son fondement dans l'esprit des rédacteurs du Code civil ? Comment cette institution a-t-elle été interprétée par les auteurs et par les tribunaux ? C'est l'évolution du fondement du retrait successoral que nous allons maintenant étudier à travers la loi, la doctrine et la jurisprudence.

---

(39) Il y a là un phénomène comparable à ce qui a pu se passer pour les expressions « servitudes personnelles », cf. Demolombe, cours du Code civil, t. XVI, traité des successions Paris, 1875, p. 9, n° 9, qui écrit que ces expressions ont pu être évitées par les rédacteurs du Code civil pour ménager « les susceptibilités nationales qui étaient encore à cette époque très vives ». Le mot substitution, réveillait aussi des souvenirs antipathiques aux idées nouvelles.

I. — FONDEMENT LEGISLATIF

A la seule lecture de l'article 841 il apparaît que le législateur n'a fait qu'énoncer le retrait successoral : il pose le droit à l'exercice du retrait — il n'en expose ni les caractères, ni les effets. Une telle concision dans sa pensée ne laisse pas de surprendre : un seul article de quelques lignes pour trancher une question qui n'en soulève pas moins une multitude de problèmes !... Il faut donc pénétrer à travers son laconisme pour discerner quels furent les motifs qui le déterminèrent à introduire le retrait successoral dans notre Code ; autrement dit quel était pour lui le fondement même du retrait successoral. Cette question est d'importance puisqu'elle pourra fournir une méthode d'interprétation précieuse ou regard d'une loi qui, compte tenu de la remarque qui précède, n'a pu tout trancher et laisse la porte ouverte à des problèmes dont les solutions doivent être envisagées avec une certaine discipline de l'esprit.

Dans cette recherche, les fondements analysés dans le droit antérieur vont nous éclairer tout naturellement.

Ces motifs se trouvent explicitement formulés dans le rapport au Tribunat par Chabot (de l'Allier) (40).

Le tribun expliquait de la manière suivante les raisons qui poussèrent les commissaires du Gouvernement à maintenir dans le Code civil l'institution du retrait successoral : « les étrangers qui achètent des droits successifs — dit-il — apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne les moyens de les écarter... Cette disposition, infiniment sage, est conforme aux lois Per diversas et Ad Anastasio (41) qui avaient généralement été admises dans notre jurisprudence. Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets et qu'on n'associe point à leurs affaires des étrangers dont la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots : « alienis fortunis inhiantes ». D'où deux motifs :

1° Assurer l'honneur et la tranquillité des familles en évitant la divulgation de leurs secrets et en écartant un étranger du partage pour en faciliter les opérations.

2° Repousser les prétentions des spéculateurs et, de ce fait, éviter les procès.

Chabot ne dit pas lequel de ces deux motifs est le plus important. Est-ce la crainte des procès que la loi veut principalement écarter ? Ou bien a-t-elle maintenu le retrait successoral essentiellement dans le but de la protection des secrets de famille ? Autrement dit, le retrait succes-

---

(40) Séance au Tribunat du 22 germinal au XI (12 avril 1803) où le projet est communiqué officiellement : v. Fenet, OP. cit. t. XII, p. 211.

Locré : « Législation civile... ou commentaire et complément des codes français », Paris, 1827, t. 10, p. 267.

(41) Nous savons quelle valeur relative il faut donner à cette affirmation : il convient de voir dans le jugement de l'auteur l'expression d'un « raccourci » de la pensée dans l'interprétation de l'histoire.

soral a-t-il été codifié et maintenu principalement en faveur des cohéritiers ou bien, au contraire, contre des cessionnaires dont les intentions paraissent a priori douteuses ?

Quelques auteurs ont présenté comme étant le plus péremptoire le motif tiré de la crainte des procès (42).

Pour Desjardins (43), la nature du retrait successoral est restée la même dans le Code que sous l'ancien Droit à la fin de l'ancien régime : le motif principal et suffisant demeure la protection des secrets de famille. Le fait de vouloir écarter les spéculateurs est un motif accessoire qui, selon cet auteur, est d'ailleurs souvent passé sous silence.

Pour nous, il ne fait pas de doute que le retrait successoral a été édicté dans son aboutissement législatif essentiellement en faveur des cohéritiers dans un but de protection des intérêts moraux de la famille. Ce n'est qu'accessoirement, et même indirectement, qu'il permet de lutter contre les spéculateurs. En effet, si tel avait été le but du législateur, il aurait été contraint de considérer tout cessionnaire de droits successifs comme un spéculateur : or, nulle part notre Code civil n'interdit la cession globale des droits successifs dont il reconnait au contraire la validité par l'institution même du retrait successoral ; en outre, la lutte contre les spéculateurs est une initiative de la loi qui touche la société tout entière, quel que soit le domaine où elle s'exerce, tandis que l'exercice du retrait est une initiative privée. Ou bien encore le législateur aurait été contraint de demander aux tribunaux de rechercher les mobiles que le cessionnaire poursuivait dans son acquisition : une telle recherche serait au sens étymologique un procès d'intention (44).

En fait, ce n'est pas parce qu'il fait figure de spéculateur, mais d'intrus, qu'il va pouvoir être écarté. La position est donc analysée relativement à la famille en faveur de laquelle notre institution a été créée. Au principal le retrait successoral n'a donc d'existence fondamentale qu'à travers la famille. C'est bien dans cet axe qu'il se situe ; la place de l'article 841 est significative à cet égard : le retrait successoral est une incidence du partage, et son exercice dépend de la volonté des cohéritiers suivant qu'ils estiment que le cessionnaire étranger est ou n'est pas un intrus.

Il apparaît que le législateur, en introduisant ce retrait dans notre Code, n'a pas eu pour but la conservation des biens dans les familles, que se proposaient autrefois les anciens retraits et surtout le retrait lignager. Il n'a pas davantage voulu fournir aux cohéritiers du cédant l'occasion d'un bénéfice, en leur offrant la faculté de s'approprier le marché du cessionnaire. En fait, il a voulu donner principalement à la famille une sorte de

---

(42) Demolombe, op. cit., t. XVI, p. 12, n° 1er, voir également : Aubry et Rau, Droit civil, 6e édition par Paul Esmein 1954, t. X, p. 123, note 1, qui semble donner la préférence au même motif.

43) Desjardins, op. cit., p. 519, n° 23, et p. 520 où il écrit notamment : « il ne faut pas aujourd'hui faire prédominer sur le motif qui a toujours été le principal, le plus certain et le plus net, le motif qui est resté secondaire et douteux.

(44) Contra : Josserand « Les mobiles dans les actes juridiques », Paris, 1928, p. 291 et s. qui écrit notamment : « Si la loi autorise le refoulement d'un ayant cause dont le titre est intrinsèquement impeccable, c'est à raison des mobiles qui avaient présidé à son initiative et qui l'avaient incité à pénétrer dans le rapport juridique auquel il était jusque là étranger, mobiles à base d'indiscrétion, de malveillance et de cupidité ».

sûreté morale contre l'intrusion d'un étranger au sein de son intimité, avec vocation à en pénétrer tous les secrets ; intrusion qui par ailleurs risquerait de gêner le déroulement normal des opérations du partage et d'engendrer des procès.

Avant d'aller plus loin soulignons qu'il existe un autre problème que soulève le laconisme de la loi en face duquel il faut, non seulement rechercher le but poursuivi par le législateur dans la rédaction de l'article 841 — ce qui nous a procuré déjà une première méthode d'interprétation relative au domaine d'application et à la détermination des parties au retrait —, mais nous devrons encore pallier la carence de la loi en ce qui concerne la technique même du retrait successoral. Pour ce faire, nous pourrons avoir recours, avec circonspection toutefois, aux règles établies par Pothier dans son traité des retraits (45) et aux principes posés par l'article 1699 du Code civil à propos du retrait litigieux. Toutefois nous aurons à distinguer parmi ces règles entre celles qui résultent de la nature même de l'action en retrait et celles qui dérivent de l'origine et du but du retrait. Nous n'emploierons que les premières : car si le retrait successoral a beaucoup d'analogie technique avec le retrait lignager par exemple, si tous deux aboutissent à déposséder certaines personnes de biens acquis par elles, il faut cependant reconnaître que ces deux institutions poursuivent un but essentiellement différent : le retrait lignager tendait à faire rentrer le bien dans la famille et à cet effet permettait d'écarter le cessionnaire ; le retrait successoral, au contraire, tend à écarter le cessionnaire et à cet effet permet de retrayer le bien.

Tel est le fondement et tels sont les caractères du retrait successoral pour les rédacteurs du Code civil, puissamment éclairés par l'histoire et par les virtualités qui ont présidé à son maintien. Cet article 841 dont nous commençons à saisir l'esprit va susciter et suscite encore de nos jours des commentaires variés. Il va être soumis aux interprétations les plus disparates tant par la doctrine que par la jurisprudence. Et le climat dans lequel il évoluera va devenir si mouvant que l'on est fondé de se demander si les auteurs, comme les tribunaux, n'ont pas presque inconsciemment trouvé un fondement nouveau à cette institution, après l'avoir en quelque sorte vouée aux gémonies, surtout dans le courant du *XIX*e siècle, règne de l'individualisme : c'est ce que nous allons essayer de discerner à présent.

II. — L'INTERPRETATION DU RETRAIT SUCCESSORAL DEPUIS LE CODE CIVIL

La doctrine du XIXe siècle et une partie de la doctrine moderne, quoique d'une manière plus relative, désapprouve les rédacteurs du Code civil d'avoir conservé l'institution du retrait successoral. Ce qui nous intéresse de noter actuellement c'est l'idée que se sont faits les auteurs du

(45) « Traité des retraits », éd. Bugnet, Paris, 1847. Dans une certaine mesure cette théorie des retraits, telle qu'elle fut élaborée dans l'ancien Droit, peut nous éclairer sur certains points. Mais quant à nous, il nous semble que nous devons nous garder d'attribuer une valeur absolue à cette méthode d'interprétation à l'instar de certains auteurs : cf. Demolombe, op. cit., t. XVI, p. 7 n° 7.
Labbé, revue critique, t. VI, 1855, p. 142 et 143.

retrait successoral au fur et à mesure que les décades passaient et que changeaient de ce fait les conditions économiques comme les concepts idéologiques de notre droit. Autrement dit, ont-ils apporté dans ce domaine un sang nouveau en puisant dans le fondement que nous avons dégagé des intentions du législateur, un fondement plus dynamique ?

Il faut à cet égard distinguer suivant les époques et cette distinction nous amène à considérer d'une manière générale deux attitudes de la doctrine étroitement liées à l'opinion défavorable ou favorable que les auteurs avaient, suivant les cas, de cette institution.

Dans une première phase le retrait successoral apparaît pour la majorité des auteurs comme une institution que les rédacteurs du Code auraient mieux fait de laisser dans l'oubli, plus néfaste qu'utile et dont le fondement traditionnel est peu convaincant : c'est la raison pour laquelle, à leurs yeux, sa légitimité est des plus contestable (46).

Cette phase, qui correspond à l'ensemble du XIX[e] siècle au cours duquel les idées et les conceptions individualistes du Code se sont matérialisées dans les faits, n'a pas été marquée, dans ces critiques, par d'autres opinions que celles de considérer cette institution comme une grave atteinte à la liberté individuelle et à la liberté des contrats : le retrait apparaît comme « une expropriation pour cause d'utilité familiale » (47) en un temps où les mœurs juridiques ne peuvent admettre ou sont forcées d'admettre une telle notion que dans le domaine du droit public.

Le jugement ainsi porté par les auteurs les amène à préconiser soit la suppression pure et simple du retrait successoral dans notre Code, soit une interprétation la plus restrictive possible de l'institution.

Cette première position de la doctrine dérive directement de la conception qu'elle a du fondement du retrait successoral. Ce fondement pour elle est resté le fondement traditionnel et il semblerait que cette question de la préservation des secrets de famille ne soit pas un impératif suffisamment fort pour lui faire voir sous un jour favorable une institution qui porte si gravement atteinte à la liberté des contrats ! Tout ceci lui paraît bien poussiéreux au point qu'elle réalise difficilement que le retrait successoral n'ait pas connu sa nuit du quatre août ! Pourquoi réaliser de si maigres avantages au prix de funestes inconvénients ! Effectivement on chercherait en vain durant le cours du XIX[e] siècle un défenseur de cette institution, tout au plus certains adoptent-ils une neutralité dont il serait difficile de dire qu'elle est teintée de bienveillance...

Parvenu à ce stade de la pensée, le retrait semble condamné, tout au moins par la doctrine : d'autant qu'un certain nombre d'auteurs plus ré-

---

(46) Laurent « Principes de droit civil français » t. X., 3[e] éd, Bruxelles et Paris, 1878, n° 341. Huc, Comm. du C. civ, t. V., n° 319. Demolombe, op. cit., t. XVI, n° 11 et 13. Batbié, article sur la Révision du Code Napoléon dans la Revue « Le Correspondant », 1866 p. 107-108, et revue critique XXVIII, 1866 p. 146. Desjardins, op. cit. p. 534. Toutes les thèses soutenues au cours du XIX[e] siècle sur le retrait successoral prennent nettement position contre lui. cf. notamment P. Coulbault, thèse, Caen 1883, qui fait cette prophétie : le retrait successoral « est appelé à disparaître tôt au tard de notre législation ».

(47) Demolombe, op. cit., t. XVI, p. 12, n° 13 : « sous quelque dénomination qu'on le désigne, action en subrogation, droit de préemption, retrait successoral, ce qu'il est réellement c'est une expropriation forcée » !

cents se maintiennent sur les positions que nous venons d'analyser (48).

Or, une nouvelle doctrine depuis une quarantaine d'années, rompant avec la thèse classique restée longtemps dominante, évolue vers une conception favorable au retrait (49). Elle fait remarquer tout d'abord que ce n'est pas par paradoxe ou par oubli que le législateur de 1804, compte tenu de ses conceptions individualistes et du caractère sacré de la propriété, a maintenu le retrait successoral dans le Code : ce maintien ne fait au contraire que manifester de façon plus absolue la volonté de la loi de circonscrire la dévolution héréditaire dans le cercle de la famille. A partir de cette idée, les protagonistes se posent la question de savoir s'il n'y aurait pas dans le retrait successoral un fondement sous jacent, davantage pressenti que manifestement formulé sous l'ancien droit et à l'époque de la rédaction du Code civil ?

Ce fondement nouveau, la majorité des auteurs favorables au retrait successoral (ils sont de plus en plus nombreux) le recherche dans la nature de l'indivision et dans son aboutissement juridique : le partage.

Une partie des éléments qui étayent cette position peut se formuler dans l'argumentation suivante : Chaque indivisaire voit ses droits représentés par une quote part abstraite et l'aliénation de cette quote part peut revêtir un double aspect ; soit qu'elle porte sur un objet déterminé, soit qu'elle porte sur l'ensemble des biens héréditaires. Dans le premier cas, l'aliénation d'un objet déterminé avant partage — le cohéritier alloti est protégé matériellement contre une telle cession par l'article 883 du Code civil consacrant l'effet déclaratif du partage. Si, au contraire, la cession porte sur une quote part de l'ensemble des biens de la succession c'est justement le rôle de l'article 841 de protéger les cohéritiers (non cédants) contre une telle cession dont les dangers sont d'ailleurs d'un ordre différent que ceux contre lesquels l'article 883 a été institué (50). Ils résident dans le fait de voir un cessionnaire étranger face à la « communauté » existant entre cohéritiers « dont les conflits d'intérêts — qu'il est décent de ne pas rendre public — doivent être atténués par un sentiment d'affection réciproque » et cette cession porte en outre sur une fortune familiale « dont il sied de conserver le caractère » (51). Autrement dit le retrait successoral apparaît comme une opération « de police juri-

---

(48) Baudry Lacantinerie et Wahl, Successions III, n° 2579.

Ripert et Boulanger, t. IV, n° 2816, qui définit le retrait successoral comme « une opération d'un caractère original et qui, dans notre droit actuel, apparaît comme une survivance du droit ancien. On pourrait sans inconvénient supprimer l'institution ».

(49) Sur l'intérêt nouveau des retraits en général, v. Guyot, « La Renaissance des retraits » Revue critique, 1924, p. 104 et s., qui écrit à ce sujet : « ...nous estimons au contraire que la carrière des retraits n'est pas close... ils peuvent offrir aujourd'hui une conciliation assez heureuse entre un intérêt individuel et un intérêt général ».

(50) Ce sont des dangers d'ordre moral qui se situent sur le terrain extrapatrimonial.

(51) Cf. note Lagarde sous Paris, 27 dec. 1927, S. 1928. 2. 41. : « Si l'on observe de près la trop sobre armature que le Code a édifiée pour la communauté d'héritiers, il est difficile, à notre avis de nier l'importance du retrait successoral ».

dique » et « un moyen de maintenir la dévolution successorale dans son axe normal » (52).

Ainsi pour cette doctrine l'article 841 vient combler l'un des nombreux vides laissés par la loi dans l'organisation de l'indivision. Aux yeux de ces auteurs, ce n'est plus le retrait lui-même qui est considéré comme un mal juridique, mais bien la cession de droits successifs, dont il est destiné à pallier les inconvénients, qui est jugée désormais par certains comme exorbitante et anormale (53).

Ainsi le retrait successoral, loin de constituer un vestige recueilli par un culte excessif de la tradition, ménage un équilibre nécessaire entre les intérêts de la famille et ceux de l'individu. En effet, l'intérêt général exige que les conséquences préjudiciables des initiatives individuelles puissent être écartées par des mesures appropriées.

Ce nouveau fondement correspond à l'évolution des idées en général : l'individualisme classique abandonne chaque jour quelque peu de son intransigeance (54).

Nous ne cacherons pas l'intérêt que suscitent pour nous ces nouvelles idées nous permettant d'aborder l'étude du retrait successoral sous un angle quelque peu différent de celui de la doctrine classique et très certainement avec beaucoup plus d'enthousiasme que si nous devions disséquer une institution dont nous saurions par avance qu'elle fait déjà partie de l'archéologie juridique.

Parallèlement à cette évolution de la doctrine, quelle fut l'attitude de la jurisprudence face au fondement du retrait successoral et indépendamment des solutions qu'elle a dû donner aux problèmes soulevés par lui ?

Nous verrons tout au long de nos développements que la jurisprudence semble avoir suivi avec quelque retard les impulsions données par la doctrine dominante relativement au fondement même de l'institution.

Les arrêts qui suivirent la publication du Code civil furent nettement en faveur du retrait successoral et approuvent non seulement son main-

---

(52) V. note de M. Vialleton, sous trib. civ — Espalion, 5 déc. 1923, S. 1924. 2. 105, et sous Lyon, 28 oct. 1931, S. 1932. 2. 217.

Et Planiol, Ribert, Maury, et Vialleton t. IV, Successions, p. 779, n° 551.

Pour M. Rouast — Cours de doctorat 1942-1943, « Les Cours de droit » p. 27 — la représentation, comme le retrait successoral, sont des règles spéciales au partage des successions tendant à la perpétuation des biens à l'intérieur des familles.

(53) V. Capitant « L'indivision héréditaire », revue critique, 1924, p. 33, note 1 : « Les auteurs disent ordinairement que le retrait successoral est une atteinte peu justifiable à la liberté des contrats. Mais la question est présentement de savoir si le cohéritier a vraiment le droit, sans l'assentiment de ses coindivisaires, de se substituer quelqu'un dans l'indivision. Or ce droit est fort contestable. Notons que les créanciers personnels ne peuvent pas saisir sa part indivise, parce que cette saisie troublerait gravement la communauté. Si donc on lui reconnaît le pouvoir de céder sa part, il est équitable qu'on accorde à ses cohéritiers la faculté de se substituer au cessionnaire ».

(54) V. Siesse « Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé » Thèse, Paris, 1922, p. 7. : « nous assistons aujourd'hui à ce spectacle singulier de législateurs contemporains qui s'efforcent de restaurer la cohésion du groupement familial par des tentatives de stabilisation de la communauté d'héritiers ».

tien, mais encore sont quasi unanimes à reconnaître que cette institution n'a pas été abolie par le droit intermédiaire (55). La majorité souligne que le fondement du retrait réside bien dans le souci de protéger les secrets de famille face à un cessionnaire étranger.

Puis les critiques adressées par la doctrine classique à l'institution traditionnelle du retrait, conservée par le Code civil, ont eu pour résultat de faire longtemps prévaloir dans l'application une interprétation restrictive de l'article 841, tendant à l'application littérale de son texte, puisque, dans l'opinion dominante restée longtemps incontestée, ce texte était l'expression d'une anomalie, dérogeant au droit commun. La conception de la jurisprudence vis-à-vis du retrait suit ici l'opinion de la doctrine classique (56).

Les nouvelles conceptions doctrinales eurent sans doute plus de mal à s'imposer à la jurisprudence qui assimile avec un certain décalage les idées novatrices de la doctrine moderne en la matière : l'osmose n'est pas complète, mais son influence se fait sentir progressivement depuis 1930 et surtout depuis 1950. Le fondement traditionnel du retrait ne semble plus être mis en avant par les arrêts récents qui notent dans l'ensemble que cette institution est un facteur d'équilibre dans l'indivision et de paix dans les partages.

En fait, le retrait est accordé pour la raison primordiale résidant dans le fait que la cession confère à son bénéficiaire la faculté de concourir au partage et d'en suivre les opérations.

Sur le plan pratique, la jurisprudence actuelle frappe un plus grand nombre de cessions par le retrait, mais reste circonspecte quant à la qualité des successibles admis à s'en prévaloir.

Ceci s'explique par le fait que les cours et tribunaux restent toujours éminemment soucieux de ne pas troubler à l'excès les rapports juridiques entre les individus et que les critiques formulées par la doctrine classique bien que dans son orientation actuelle n'influencent plus directement cette jurisprudence, n'en conservent pas moins pour elle une valeur relative qu'elle fait jouer dans les cas qui lui paraissent les plus flagrants. Nous verrons en outre que les arrêts récents s'efforcent de lutter contre l'état d'esprit des parties face à l'institution et de composer avec les conditions économiques qui tendent à en fausser le jeu normal.

La position actuelle de la jurisprudence est, si l'on peut dire, pleine de délicatesse en ce sens qu'elle essaye de concilier dans la mesure du possible les deux aspects contradictoires et fondamentaux que comporte le retrait successoral : Facteur de paix dans les opérations de partage (et dans l'indivision qui le précède) il est admis de façon libérale. Facteur de trouble dans les relations contractuelles, surtout en période de dépréciation monétaire, il est cantonné dans un cadre plus rigide.

L'étude de l'origine du retrait successoral, puis de l'évolution de son fondement, nous a permis de dégager les lignes de force de cette institu-

---

(55) Voir les arrêts cités supra, note 31.

(56) Nous ne citons pas ici la longue suite d'arrêts significative de cette tendance puisqu'aussi bien nous aurons l'occasion de nous y attarder de façon plus complète dans les chapitres qui vont suivre.

tion à la lumière desquelles nous allons pouvoir maintenant aborder les questions de fond la concernant.

Le retrait successoral a pour fondement d'assurer l'honneur et la tranquillité des familles : il permet de ne pas laisser entraver les opérations naturellement compliquées du partage par la présence d'un étranger qui, pénétrant dans l'intimité familiale, n'y apporterait pas cet esprit de conciliation et de désintéressement qu'inspirent ordinairement les rapports de famille.

Ces idées qui sont en quelque sorte toute l'économie de l'institution vont dominer cette étude : elles vont étayer les concepts juridiques dans la détermination de la cession touchée par le retrait et des parties qui en sont les sujets actifs ou passifs.

CHAPITRE II

LA CESSION, OBJET DU RETRAIT SUCCESSORAL

Pour que le retrait successoral soit mis en œuvre, il faut qu'à l'origine intervienne une cession de droits successifs qui en constitue, en quelque sorte, la matière première.

D'une manière générale la cession de droits successifs pourrait se définir comme étant un contrat par lequel un successeur universel transfère à une autre personne la totalité ou une quote-part de l'ensemble des droits et charges lui provenant de la succession.

C'est à travers l'objet des droits cédés et le caractère de l'opération que nous allons analyser les conditions que doit remplir cette cession, considérée en elle-même, pour être soumise au retrait successoral.

Mais, au préalable, il faut déterminer avec exactitude le domaine d'application du retrait et, partant, de la cession. Autrement dit, avant d'analyser l'objet des droits cédés, il convient de préciser, sans aucune ambiguïté, l'objet de la cession.

SECTION I

LE DOMAINE D'APPLICATION

Les termes de l'article 841 du Code civil, la place de cet article au titre « des successions », le nom même du retrait successoral, nous montrent assez bien à quel point cette institution concerne l'indivision héréditaire.

Elle constitue un des rares rouages de l'indivision consacré par le législateur puisque, et c'est là un poncif juridique, le Code civil ne traite que très brièvement de l'indivision considérée comme un état transitoire et que les rédacteurs n'ont pas jugé utile de réglementer (1).

(1) V. à ce sujet : Capitant « L'indivision héréditaire », dans Rev. critique, t. 44, 1924, p. 19 : « les seules dispositions relatives à cette période (l'indivision) sont les articles 841..., 2. 205 qui interdit aux créanciers personnels d'un cohéritier de saisir sa part indivise dans les immeubles de la succession, et 1667 à 1671 qui, concernant la vente à reméré d'une partie indivise d'un héritage ou de la totalité d'un héritage commun, ne présentent pas grand intérêt ».

Donc, de prime abord, le retrait successoral ne peut s'ouvrir que dans le cas où il y a cession de droits dans une succession non partagée. Encore est-il qu'il faut bien préciser le sens de cette expression ; nous verrons dans notre prochaine section en quoi réside l'objet des droits cédés ; précisons ici simplement que l'étendue du domaine du retrait successoral, relativement à l'indivision héréditaire, n'est pas aussi vaste qu'on pourrait le penser à priori. C'est qu'en effet, toute indivision héréditaire ne constitue pas un champ d'application pour le retrait successoral : cette constatation, nous la retrouverons tant en analysant l'objet des droits cédés que les qualités que doivent réunir les parties du retrait.

Mais précisément le champ d'application du retrait successoral ne peut-il pas s'étendre à d autres indivisions que l'indivision héréditaire ? Il semblerait que l'ancien Droit ait admis le retrait successoral dans toute espèce d'indivision (2).

En fait, il est un principe qui se résume dans la proposition suivante : les retraits exceptionnellement maintenus dans notre droit positif actuel ne doivent s'appliquer que dans les cas qui sont expressément prévus par les textes qui les concernent ; ainsi le véritable domaine du retrait successoral réside dans l'indivision héréditaire : a priori, seule une cession de droits successifs pourra ouvrir la faculté du retrait successoral que l'article 841 accorde au cohéritier.

Mais n'est-ce pas l'essence même d'un principe que de souffrir des exceptions ?

Le problème se pose tout naturellement pour une indivision très voisine de l'indivision héréditaire : l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux avant partage ; il se pose également pour les sociétés et les indivisions pures et simples.

Nous sommes d'autant plus fondés à envisager cet élargissement du champ d'application du retrait successoral qu'il existe dans notre Code des textes dont nous ne pouvons ignorer qu'ils traitent de la question sinon d'une manière directe, du moins d'une façon implicite : il s'agit de l'article 1476 qui soumet le partage de la communauté à toutes les règles établies pour le partage des successions et de l'article 1872 qui édicte la même règle en ce qui concerne le partage des sociétés. C'est cette extension possible du domaine d'application du retrait successoral que nous allons examiner maintenant tant dans l'indivision post-communautaire, que dans les autres indivisions.

---

(2) Cf. Rousseaud de Lacombe, « Recueil de jurisprudence civile, du pays de droit écrit et coutumier », 4e édition, Paris, 1769, v° transport, n° 16. — Dareau, cité par Merlin, « Répertoire universel et raisonné de jurisprudence », 5e éd., Paris, 1827, v° droits successifs, : « nous pensons que quoiqu'il ne fut point question d'héridité, néanmoins comme les motifs qui ont fait introduire la subrogation en faveur des cohéritiers, militeraient également en faveur des communs ou des associés, il n'y auraient aucune difficulté à autoriser le remboursement du cessionnaire ; autrement les premiers seraient exposés à mettre toutes leurs affaires à découvert ce qui pourrait préjudicier, surtout en fait de commerce, autant à leur fortune qu'à leur tranquillité » — Contra Merlin, op. et loc. cit.

I. — LA CESSION DE DROITS INDIVIS DANS UNE COMMUNAUTE

La communauté de biens entre époux cesse à partir du moment où elle est dissoute. Alors que la communauté est une indivision organisée, à sa dissolution s'ouvre une véritable indivision entre les époux et leurs héritiers, indivision semblable à l'indivision héréditaire qui suit l'ouverture d'une succession ; c'est dire qu'elle est soumise aux règles qui régissent toutes les indivisions. Cet état nouveau va durer jusqu'au partage : remarquons qu'il n'est nulle part question dans le Code civil de cet état nouveau ; celui-ci traite bien de la liquidation et du partage de la communauté, mais il le fait comme si aucun intervalle ne séparait la dissolution du partage. Cela rejoint d'ailleurs la conception traditionnelle de ses rédacteurs à l'égard de l'indivision en général qui est destinée à prendre fin rapidement par le partage

Au cours de la vie de la communauté la notion de quote-part n'existe pas : le mari, pas plus que la femme, ne peut céder à un tiers le « droit » qu'il a dans la communauté, et ce droit ainsi envisagé n'est pas susceptible d'hypothèque. Au contraire, l'indivision post-communautaire est une indivision avec quote-part, dont rien n'interdit la cession par son titulaire tout comme dans l'indivision héréditaire. En présence d'une telle cession, le retrait successoral pourra-t-il être exercé par l'autre conjoint ou par ses représentants ?

Il semble qu'il faille tout d'abord faire une distinction essentielle tenant à la cause de la dissolution de la communauté.

Si la communauté est dissoute par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'indivision qui lui fait suite — dont la durée est par ailleurs très éphémère, le partage intervenant en général très rapidement dans cette situation — tout en étant une indivision post-communautaire, n'en constitue pas moins une indivision que nous pourrions appeler ordinaire qui, en tout cas, ne procède en rien d'une indivision héréditaire puisqu'aussi bien cette indivision ne connaît pratiquement aucune interférence avec l'ouverture d'une succession, car elle n'a pas son origine dans un décès. Il s'agit là d'une situation simple, mettant face à face deux indivisaires qui vont régler leurs rapports pécuniaires par un partage entérinant la ruine de leur affection et la désagrégation de leur famille. Face à une telle situation, comment légitimer l'application du retrait successoral ?

S'il était admis, il serait animé de la part de celui qui s'en prévaudrait, d'un intérêt purement matériel : Or nous savons que le caractère de cette institution est d'ordre exclusivement extrapatrimonial et que son but essentiel est la protection de la famille ! Les situations envisagées, par définition, n'engendrent pas la paix des familles ! et dans le partage qui leur fait suite, les sentiments d'amitié risquent fort de faire défaut : dès lors comment la présence d'un étranger, cessionnaire de l'un des époux, viendrait-elle jeter un trouble supplémentaire dans les opérations de partage ? quant aux secrets de famille, il ne semble pas que le partage leur assure une publicité aussi large que le jugement de divorce l'ayant précédé !

Tout autre est la situation en cas de dissolution de la communauté

par le décès de l'un des époux. Le survivant se contente souvent de faire dresser un inventaire des biens communs (c. civ. art. 1442) et demeure dans l'indivision avec ses enfants pendant un temps plus ou moins long. Mais le décès ouvre en même temps une succession : cette situation est génératrice d'une indivision complexe eu égard à la composition, car sur l'indivision comprenant les biens communs, s'en greffe une seconde formée des propres du défunt. Cette seconde indivision existe uniquement entre les héritiers du défunt, lorsque celui-ci n'a fait aucun avantage à son conjoint survivant. Elle comprend, au contraire, à la fois les héritiers et l'époux survivant lorsque ce dernier a reçu une libéralité en pleine propriété de son conjoint ou encore lorsqu'il succède en vertu de l'article 767 al. 2.

Nous sommes en présence de deux indivisions théoriquement distinctes (3) qui sont en quelque sorte elles-mêmes dans l'indivision tant qu'un partage entre les deux masses n'intervient pas. Les droits de chaque époux sur la communauté dissoute restent incertains à défaut d'une liquidation qui en ait reconnu l'existence et fixé l'étendue (4). En outre la succession du défunt comprend la part revenant à celui-ci dans la communauté.

Lors du partage de la communauté toutes les parties, conjoint survivant et héritiers, prendront part à une même opération mais avec un titre différent. Tandis que le conjoint survivant viendra en qualité d'époux, les héritiers, bien que représentant le défunt dans la communauté, viendront en qualité d'héritiers car, ainsi que nous venons de le dire, cette part de communauté fait partie de la succession du de cujus. Ainsi, au cas où, avant partage, un cohéritier cède ses droits dans la communauté, il cède en fait des droits successifs Si, au contraire, c'est le conjoint survivant qui est cédant de sa part dans la communauté, cette cession ne sera considérée que comme une cession de droits de copropriétaire dans une masse de biens indivis. La cession du cohéritier pourra, sans nul doute, être atteinte par le retrait successoral. Mais que décider pour la cession par le conjoint survivant de sa part dans la communauté ?

C'est contre l'application du retrait successoral que se prononcent la majorité de la doctrine (5) et la Cour de cassation (6). Cette opinion dominante se base exclusivement sur deux argumentations :

---

(3) Mais ainsi que le note Capitant, cf. « De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux » Rev. critique, t. 49, 1929, p. 75 : « il est bon cependant d'observer qu'en pratique tous les biens restent confondus en une masse unique qui est administrée par l'époux survivant. Mais de même que la communauté constituait universalité juridique distincte des biens propres, de même l'indivision qui lui succède va conserver ce caractère ».

(4) Civ. 25 juillet 1923, D. P. 1926. L. 1. 153, note de M. Nast, et Rev. trim., 1923, 1001 et s., obs. Savatier.

(5) Cf. notamment : Aubry et Rau, t. 10 par Esmein, § 621 ter, texte et note 2.
Baudry Lacantinerie et Wahl, successions, t. III, n° 2582.
Colin et Capitant, t. III[e]; n° 1256.
Planiol et Ripert, t. 9, n° 802.

(6) Civ., 12 déc. 1894, D. P. 1895. 1. 286 ; S. 1895 1. 257, note Lyon Caen.
Civ. 14 déc. 1908, D. P. 1909 1. note Capitant ; S. 1908 1. 497, note

La première argumentation est systématisée dans cette phrase, puisée dans les idées classiques, et que l'on retrouve comme une sorte de leitmotiv dans nombre d'arrêts concernant le retrait successoral : « la faculté de retrait, qu'établit cet article (841) en faveur des successibles et à l'occasion de la cession des droits héréditaires, étant, de sa nature exceptionnelle et dérogative au principe de la liberté des conventions, ne saurait être étendue par voie d'analogie à des cas autres que celui pour lequel elle a été édictée... » (7). Cela recoupe les notions de la doctrine classique qui ont été examinées dans le précédent chapitre, desquelles il résulte que le retrait successoral présente plus d'inconvénients que d'avantages, et qu'en conséquence il doit être appliqué strictement.

La deuxième argumentation repose sur une interprétation de texte : il s'agit de l'article 1476 du Code civil (8).

La doctrine et la jurisprudence dominantes s'accordent pour considérer que l'article 1476 répond négativement, par a contrario, à la question qui nous préoccupe : ainsi, légalement, le retrait successoral ne pourrait jouer dans les opérations de partage de la communauté. L'arrêt de la chambre civile du 12 décembre 1894 (9) développe cette argumentation de la manière suivante : « .. attendu..., que si l'article 1476, C. civ., rend applicables au partage de la communauté les règnes établies au titre des successions pour les partages entre cohéritiers, c'est seulement en ce qui concerne les formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie des lots et des soultes, et que la disposition de l'article 841 ne répond à aucun des objets ainsi précisés ».

Les arrêts plus récents (10) maintiennent les positions prises par la jurisprudence antérieure : ils écartent toujours systématiquement l'application du retrait successoral à la cession de droits dans une communauté. Mais il est curieux de constater qu'ils ne font qu'énoncer ce principe sans en exposer ni les motifs, ni le fondement : serait-ce par une sorte de pudeur à réitérer des arguments qui prennent l'allure d'idées réactionnaires en matière juridique (retrait successoral de droit étroit) ou est-ce pour cette raison, au contraire, que ces arguments ont acquis la valeur d'un principe tellement évident qu'il n'est plus nécessaire de le formuler explicitement ? Pour notre part, nous aurions plutôt tendance à croire, et ceci dépasse la question présentement étudiée, qu'un certain doute se

---

Lyon-Caen (Sol. impl.) Req. 15 mars 1922, D. P. 1922. 1. 183 ; Gaz. Pal. 1922. 2. 21. Civ., 2 janvier 1952, D. 1952. 213.

Adde : Trib. civ. de Toulouse, 13 août 1883, Gaz. Pal. 1883. 2. 406 — Pau, 16 mai 1887, Gaz. Pal. 1887. 2. 442 — Trib. civ. Bourganeuf, 24 juin 1949. Gaz. Pal. 1949 2. 256. Comm. R. Savatier, Rev. trim. dr. civ., 1949, p. 547, n° 2.

(7) Civ. 12 déc. 1894, préc.

(8) C. civ. : art. 1. 476 : « Au surplus, le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « des successions » pour le partage entre cohéritiers ».

(9) Précité. Cet arrêt décidait, en conséquence, qu'un légataire universel ne pouvait exercer le retrait contre la cession d'une part de la communauté consentie par le survivant de deux époux.

(10) Req., 15 mars 1922 et civ., 2 janv. 1952, précités.

distille actuellement dans les esprits quant à la valeur des opinions classiques vis-à-vis du retrait successoral.

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence semble enracinée dans ses convictions et, nous l'avons dit, est suivie par une grande majorité de la doctrine, doctrine qui, dans son ensemble, n'est pas favorable au retrait successoral et, partant, est tout naturellement portée à en limiter le champ d'application.

Les Cours d'appel ne sont pas unanimes dans cette opinion et, depuis la rédaction du Code civil, on note un certain nombre d'arrêts se prononçant en faveur de l'application du retrait à l'occasion d'une cession de droits dans une communauté (11). Il faut reconnaître que ces arrêts ne sont pas toujours bien motivés ; lorsqu'ils le sont, ils se contentent, dans la majorité des cas, de souligner que l'article 1476 concerne l'article 841 et que la place de cet article dans le Code civil sous la section I, du Chapitre VI, intitulé « de l'action en partage et de sa forme », est significative à cet égard.

Quelques auteurs sont aussi favorables à cette solution : tous insistent sur l'analogie de situation qui doit faire appliquer le retrait successoral en la matière (12) et, dès lors, ne voient pas pourquoi le retrait serait inapplicable dans la situation envisagée, étant au surplus en désaccord avec l'interprétation donnée à l'article 1476 que nous avons exposée.

La loi du nombre est toujours fort impressionnante : une doctrine dominante et un jurisprudence de la Cour suprême qui semble inébranlable ne laissent pas de nous intimider pour nous poser la question de savoir s'il ne serait pas possible de voir les choses sous un angle différent !

Et pourtant nul ne peut prétendre que cette position de la jurisprudence et de la doctrine dominantes soit très logique, malgré des raisons qui peuvent paraître fortement motivées (13).

A la dissolution de la communauté par décès de l'un des époux, il se forme, nous l'avons dit, une indivision distincte de l'indivision héréditaire. Mais ces indivisions sont tellement imbriquées que, tant qu'il n'intervient pas un partage entre elles, il est impossible de savoir, d'une façon exacte, la consistance des droits afférents à chacune d'elles. A telle enseigne que l'époux survivant et les héritiers ont des droits identiques, de même nature, qui ne se différencient sur l'ensemble de la masse que d'une façon purement nominale. Les pouvoirs qu'ils détiennent en vertu de ces

---

(11) Cf. notamment : Metz, 17 mai 1820, Paris, 2 août 1821 Bordeaux 19 juillet. 1826, Bourges 12 juill. 1831 : D. rep., v° succ., n° 1870. Riom, 23 nov. 1848, S. 1849. 2. 85. Agen, 13 juin 1892, Gaz. Pal. 1892. 2. 145 (cassé par Civ. 12 déc. 1894, précité).

(12) Héan, Revue prat., t. 18, 1864, p. 330 et s. — Delvincourt, t. 3 p. 64, note 3 — Note Lyon-Caen en S. 1895. 241. — Cauvy, thèse Paris, 1928, p. 108 et s.

(13) Si l'on en croit Denisart, l'ancien droit semblait admettre le retrait en pareille hypothèse : Cf. Le nouveau Denisart, loc. cit., 4. n° 5, p. 399 : « un héritier des propres peut même retraire une cession de droits successifs dans les acquêts, parce qu'il a l'intérêt commun à tous les co-successeurs, d'empêcher l'étranger d'entrer dans les secrets de famille et que d'ailleurs quoi qu'il ne partage avec lui les mêmes biens il a néanmoins les occasions de démêler avec lui, telles que les questions qui peuvent s'élever sur la nature des biens, sur la contribution aux dettes... ».

droits sont également les mêmes : dès lors, s'il y a cession, le cessionnaire de l'une ou l'autre des parties en présence aura les mêmes pouvoirs, quelle que soit la qualité de son cédant (conjoint ou héritier) : s'il est cessionnaire du conjoint survivant il pourra provoquer, sinon le partage de la succession, du moins celui de la communauté et de la succession ; ainsi un étranger va venir s'asseoir à la même table que les cohéritiers pour participer à des opérations du partage qu'il risque de gêner par définition, et pénétrer dans l'intimité familiale : cette situation est en tous points celle que l'article 841 a eu pour but d'éviter. Cette idée est en outre renforcée par le fait que, pratiquement, la liquidation et le partage de la communauté et de la succession sont d'ordinaire concomittants et que les notaires qui en sont chargés l'établissent très fréquemment dans un seul et même acte : cette manière d'opérer présente un avantage certain pour les parties grâce à la souplesse qu'elle procure. En effet, les liens qui existent entre les deux partages sont tellement étroits qu'il est souhaitable de voir les deux indivisions prendre fin ensemble. Il est donc préférable que le soin de provoquer le partage reste entièrement à la libre disposition des membres de la famille : il peut y avoir pour eux toutes sortes de raisons morales ou pécuniaires pour en différer l'exécution.

En outre, la doctrine de la Cour de cassation se complique lorsque le conjoint survivant a cédé pour un prix unique, non seulement ses droits dans la communauté, mais aussi les droits qu'il peut avoir dans la succession (en vertu d'un avantage entre époux, notamment). Dans ce cas, la Cour suprême a recours à une ventilation du prix : Outre les critiques générales que l'on peut formuler à l'égard d'une telle pratique, cette ventilation dans l'espèce qui nous intéresse, présente un caractère aléatoire très net. Une estimation de la consistance des droits de chaque indivision ne saurait suffire pour en déterminer le montant exact : En effet, pour atteindre ce but, il faudrait procéder à la liquidation qui précède le partage ; manière de faire qui rendrait le système lourd, ou bien qui rendrait le partage forcé ! En outre, dans une pareille hypothèse, il faut bien reconnaître que les droits dans la communauté forment en quelque sorte l'accessoire des droits successifs : leur sort en procède directement ; autrement dit, l'accessoire suit le principal (14). Nous verrons dans la suite de nos développements que le retrait est indivisible, en ce sens que si plusieurs cohéritiers ont cédé leurs parts, le retrayant ne pourra agir pour une seule de ces cessions, mais pour le tout. La doctrine que nous critiquons va donc à l'encontre du caractère fondamental du retrait, l'indivisibilité, puisqu'elle préconise le morcellement même d'un seul contrat !

Ainsi donc, tous les inconvénients que l'article 841 a pour fondement et pour but de faire disparaître, se retrouvent lorsqu'intervient une cession

---

(14) Lyon-Caen, dans sa note au S. 1895. 1. 257, préc., remarque en outre au sujet de la cession : « du reste, l'unité de la cession et l'unité du prix impriment au contrat un caractère d'indivisibilité qu'on ne saurait méconnaître. En divisant la cession pour admettre le retrait seulement quant aux droits successifs et pour la laisser subsister quant aux droits dans la communauté conjugale, on méconnaîtrait la volonté des parties. Cela serait d'autant plus choquant que, le plus souvent, les droits dans la communauté conjugale sont une sorte d'accessoire par rapport aux droits de la succession. La cession subsisterait dans sa partie accessoire, alors qu'elle serait résolue dans sa partie principale.

de droits dans une communauté dissoute à la suite du décès de l'un des conjoints. En interdisant le retrait contre une telle cession on fausse l'esprit même de l'institution (15). Lorsque cette cession comprend en même temps des droits successifs, le retrait étant accordé pour ces derniers, en admettant une telle discrimination, tout se passe comme si l'on voyait dans le retrait successoral un intérêt purement pécuniaire que l'on ne veut refuser aux cohéritiers relativement aux droits successifs : en effet, la sûreté morale qui est le but exclusif du retrait successoral n'est plus assurée, puisque de toute façon l'étranger cessionnaire des droits dans la communauté viendra à un partage tout aussi important pour la famille que celui des droits successifs « stricto sensu » ! Il y a là une incohérence totale, un illogisme que perçoivent même certains de ceux qui préconisent la stricte application du retrait aux droits successifs : pour eux, le seul argument qui leur paraît infranchissable est un argument de texte.

Nous voilà donc au centre du problème : car tous les arguments que nous avons avancés en faveur de notre position ne nous paraissent pas douteux en législation, mais cette opinion est-elle soutenable en droit positif ?

Nous savons que la doctrine repoussant l'application du retrait successoral à une cession de droits dans une communauté se base essentiellement sur un argument de texte : il faudrait un texte formel permettant l'application de l'article 841 dans cette hypothèse, et l'article 1476 ne renvoyant pas à l'article 841, ne permet pas cette application. Cette argumentation est dictée par l'application stricte du retrait successoral qui prend la valeur d'un principe.

Pour nous, ce principe, si nous ne voulons par l'écarter, nous avons suffisamment démontré à quel point nous voudrions lui voir apporter une exception dans l'hypothèse qui nous préoccupe. La tradition historique est incertaine car on ne cite guère d'arrêts sur la question : en réalité, il semble qu'elle fut rarement posée du fait de la pratique de la communauté continuée En tout cas, il ne fait pas de doute que les rédacteurs du Code ont désiré maintenir le retrait successoral dans tous les cas où les motifs qui le justifiaient étaient en jeu, hypothèse en dehors de laquelle l'institution n'aurait pas été conservée car elle perdait sa raison d'être.

Tout ceci nous amène à prendre la position suivante, qui est en quelque sorte le contre-pied de celle adoptée jusqu'ici : pour que le retrait successoral soit inapplicable à une cession de droits portant sur des biens de communauté, il faudrait un texte formel dans ce sens.

Or, bien au contraire, l'article 1476 semble devoir être pour nous un texte dont nous pouvons invoquer l'appui. A priori, il semble tout aussi malaisé de prétendre que cet article ne renvoie pas à l'article 841, que de dire qu'il y renvoie : car il est loin d'être explicite sur cette question. Une chose est certaine, c'est qu'il renvoie : « à toutes les règles qui sont éta-

---

(15) C'est adopter un statut différent pour les rapports entre les enfants et leur père ou leur mère alors que les liens d'affection sont aussi étroits et qu'il s'agit d'un même patrimoine, ainsi que le fait remarquer M. Lagarde dans sa note au Sirey, 1928. 2. 41.

blies au titre « des successions » pour le partage entre cohéritiers... ». Sans vouloir affirmer que l'article 841 est concerné (16), il nous paraît en tout cas que l'article 1476 constitue une présomption favorable à l'application de retrait ; en dernière analyse il ne s'y oppose pas. Nous sommes cependant d'accord pour considérer cet argument de texte comme insuffisant, bien qu'il nous paraisse plus aisé de l'avancer pour soutenir notre thèse que la thèse contraire (dont il est par ailleurs la pierre angulaire !).

Mais ce qui devient probant à nos yeux, c'est la combinaison du fondement moral et philosophique (17) de l'article 841 et de cet argument de texte concernant l'article 1476 dont nous venons de dire la valeur que nous lui reconnaissons dans notre domaine. Autrement dit, le fondement de l'article 841 vient au secours de l'imprécision de l'article 1476 dont les termes, loin de lui être contraires, lui sont favorables.

De telle sorte que l'application du retrait successoral à une cession de droits dans une communauté ne heurte pas les textes ; c'est, au contraire, le respect de la loi dans son esprit comme dans sa lettre.

Ne pas l'appliquer en vertu d'un principe qui n'est d'ailleurs pas dans la loi (retrait de droit étroit), c'est fausser le jeu normal d'une institution au point de la rendre illogique.

Toutes les remarques que nous venons de faire s'appliquent à l'indivision qui suit la dissolution de la communauté par suite du décès de l'un des époux en raison des rapports étroits qui existent entre cette indivision et l'indivision héréditaire. C'est sur ce point que nous souhaiterions un revirement des tendances jurisprudentielles et doctrinales (18).

II. — LA CESSION DE DROITS DANS LES AUTRES INDIVISIONS

Cette exception au principe que le retrait successoral doit être restreint aux cessions de droits successifs et que nous estimons pouvoir être admise aux cessions de droits dans une communauté, pouvons-nous l'étendre à des cessions portant sur d'autres indivisions ?

La question peut se poser pour les indivisions qui font suite à la dissolution et à la liquidation d'une société. A la dissolution d'une société, l'être moral s'éteint pour faire place à une indivision et chaque associé a le droit de demander le partage du patrimoine social sur lequel il a un droit qui lui appartient en propre : dès lors, il peut céder ce droit à un tiers.

Devant une telle éventualité le cessionnaire va-t-il pouvoir être écarté par les autres associés par le jeu de l'article 841 ?

---

(16) En allant plus loin nous pourrions nous permettre d'avoir une position moins souple : en effet, tout le monde s'accorde à reconnaître que l'article 841 constitue une exception au partage et, partant, une règle du partage : dès lors nous tombons dans les termes stricts de l'article 1476, et le débat est tranché.

(17) Inséparable de l'interprétation des lois.

(18) Nous avons remarqué supra, que les mêmes raisons ne se trouvent pas dans l'indivision qui suit la dissolution de la communauté par divorce, séparation de corps ou séparation de biens. En effet cette indivision n'a aucune connexité avec l'indivision héréditaire. Ici une exception au principe de la stricte application du retrait successoral n'a plus sa raison d'être : le fondement de l'article 841 et les termes de l'article 1476 ne se combinent plus pour légitimer cette application.

Cette exception ne paraît pas admissible (19).

Si nous posons la question, c'est parce qu'il existe dans notre code un texte à peu près semblable à l'article 1476 : il s'agit de l'article 1472 appliquant aux partages entre associés « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre cohéritiers ».

Or, nous avons vu que pour appliquer le retrait successoral en matière de communauté nous ne nous étions pas contentés du seul article 1476 : Il fallait que cette application corresponde exactement au fondement de l'article 841 pour que cette exception puisse être admise.

Une société en liquidation n'est pas comparable à une communauté d'héritiers. Le patrimoine social est une masse provisoire de biens venus de divers côtés et que les apporteurs reprennent avec leurs parts respectives des bénéfices éventuels. Aucun sentiment de famille ne vient pratiquement apaiser le conflit d'intérêts et la substitution d'un étranger à un associé risque peu d'aggraver la situation. Cet étranger ne sera pas ici en situation de pénétrer dans l'intimité familiale et d'en explorer les secrets les plus intimes.

Au surplus, une société résulte de conventions arrêtées entre les associés : lors de la rédaction des statuts d'une société de personnes, s'ils avaient désiré interdire la cession des parts sociales à un étranger, il leur était loisible de le faire (20).

En un mot, le fondement de l'article 841, qui est d'ordre purement moral et non pécuniaire — nous ne saurions assez le répéter — ne concerne en rien la situation envisagée et, de ce fait, nous ne pensons pas qu'il soit possible, en droit positif, de prétendre que l'article 1872 renvoie à l'article 841.

Le même raisonnement s'applique également, selon nous, au partage de toute indivision n'ayant aucun rapport avec l'indivision héréditaire (21).

Nous venons donc de déterminer le domaine d'application du retrait successoral à travers l'objet de la cession qui en constitue la matière première. Nous avons indiqué les raisons pour lesquelles nous aurions aimé qu'une cession de droits dans une communauté dissoute par le décès soit soumise au retrait. Dans l'état actuel de la jurisprudence et de l'avis général de la doctrine, nous sommes obligés de conclure que, seule, la cession de droits, dans une succession, est passible du retrait successoral.

C'est donc maintenant à travers l'objet des droits successifs cédés qu'il faut orienter notre analyse : la consistance de ces droits étant déterminante dans l'admision du retrait successoral contre la cession qui en est consentie.

---

(19) C'est là l'opinion quasi unanime de la doctrine et même des auteurs qui prononcent en faveur de l'application du retrait successoral en matière de communauté : cf. notamment, note Lyon-Caen au S. 1895. 1. 258 ; note Lagarde au S. 1928. 2. 41.

En sens contraire : Pardessus, « Traité de droit commercial », 1822, t. 4, n° 1085, p. 206. Héan, revue pratique, t. 18, 1864, p. 330 et s. Delvincourt, Cours de droit civil, t. 3, P. 236, note 3.

(20) La question n'a évidemment pratiquement pas d'intérêt pour une société de capitaux.

(21) V. à titre d'exemple : Cass., 19 août 1806, S. 1807. 1. 74.

SECTION II

L'OBJET DES DROITS CEDES

La loi parle du cohéritier qui a cédé « son droit à la succession ». L'expression peut paraître a priori bien étroite mais, en fait, nous allons voir qu'il ne faut pas la prendre à la lettre : en effet, ce serait une erreur de conclure que le retrait n'est pas admis contre une cession qui n'aurait pour objet qu'une quote-part seulement d'une portion héréditaire.

En fait, c'est la nature des pouvoirs que la cession confère à l'acquéreur qui doit être prise en considération. Le but principal du retrait étant actuellement de préserver l'intimité familiale dans les opérations de partage afin de les rendre plus faciles, il convient que ce retrait puisse toucher toutes les cessions qui rendraient le cessionnaire copartageant.

A cet égard, c'est l'objet des droits cédés qui va nous faire connaître la position du cessionnaire dans l'indivision : autrement dit, l'analyse des droits acquis doit permettre de savoir s'il rentre dans cette indivision par la grande porte ou par la petite porte.

Cette analyse, nous allons la faire à travers la jurisprudence qui, en la matière, a connu une évolution caractéristique, faisant suite à un principe traditionnellement admis.

I. — LE PRINCIPE TRADITIONNEL

Cession de la part ou d'une quote-part de l'hérédité

C'est l'essence même d'une cession de droits successifs que d'emporter transfert d'une universalité ou d'une quote-part d'universalité ; car l'hérédité constitue bien une universalité qui échappe à la classification traditionnelle des biens, en biens corporels et incorporels.

Le principe général, incontestablement consacré par la jurisprudence, est que toute cession de droits successifs portant sur la part ou la quote-part de l'hérédité, est soumise au retrait. En effet, il est évident que si le cohéritier, au lieu de céder la totalité de ses droits, se borne à en céder une quote-part, par exemple le quart, la partie étant de même nature que le tout, le résultat de l'opération reste le même : il y a subrogation d'un étranger dans le droit héréditaire du cédant.

Quelle est la situation du cessionnaire à la suite de la cession d'hérédité ? Une telle cession ne lui transmet pas le titre de cohériter, mais celui de copartageant (22). En effet, chacun des héritiers a le droit de demander le partage, ce qui constitue pour lui une prétention dont le caractère est exclusivement patrimonial, lui appartenant non à titre de copartageant, mais

---

(22) Ce n'est pas une simple cession du lot qui sera dévolu au cohéritier au jour du partage d'après l'opinion parfois émise, cf. : Montpellier, 30 mars 1834, sous Cass. S. 1835. 1. 481.

en tant que participant dans une masse commune (23). C'est la raison pour laquelle il est aisé de s'expliquer que cette faculté puisse se transmettre au cessionnaire de droits successifs, qui devient ainsi copartageant avec faculté avant le partage de figurer dans l'indivision héréditaire, de participer à son administration, d'en percevoir les revenus et, finalement, de demander à ses consorts un règlement de compte et un allotissement (24).

La situation est en tous points celle que le retrait a pour but d'éviter : la cession intronise un étranger au sein de la famille dans les opérations de partage, étranger qui, par hypothèse, va se montrer beaucoup moins conciliant que les héritiers, voire même animé d'un esprit de spéculation.

En ce domaine, la jurisprudence ne s'est pas attardée au caractère total ou partiel de la cession ; elle a passé outre aux termes de la loi pour en respecter l'esprit et s'attacher à la nature des pouvoirs accordés au cessionnaire pour appliquer le retrait : la nature des pouvoirs conférés ne dépendant pas de l'importance numérique de la quote-part acquise (25).

A l'inverse, si une cession comprend outre les droits personnels du cédant dans la succession, des droits que ce dernier aurait acquis de ses autres cohéritiers, une telle cession est soumise au retrait successoral pour le tout (26). Il en est de même si le cédant, tout en conservant ses droits personnels, cède ceux acquis par lui de l'un de ses cohéritiers (27).

En effet, les motifs de l'application de l'article 841 sont dans ce cas les mêmes que dans celui d'une cession de droits personnels au cédant. Mais il est curieux de noter que dès 1868, une solution dans ce sens était déjà donnée par la chambre des requêtes, à une époque où l'on pensait qu'il fallait entendre restrictivement toutes les conditions de retrait successoral. La jurisprudence donne ici une application extensive du terme « son droit à la succession ». Il est vrai que dans ce cas appliquer systématique-

---

(23) « Cette faculté (le droit de demander le partage) est un véritable droit de créance qui nait du quasi-contrat d'indivision » V. Siesse, « Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé », thèse, Paris, 1922, p. 410.

(24) Notons en outre, corrélativement à ce que nous venons de dire, que le cessionnaire doit définitivement supporter le passif, charge de l'hérédité, mais d'autre part que le cédant, toujours héritier, a normalement acquitté les dettes héréditaires sur recours des créanciers : cela procède de cette idée que notre droit ignore la cession de dettes. C'est pourquoi l'article 1698 précise que « l'acquéreur doit... rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire ». Il est indifférent à la qualification de la cession que l'acte de cession stipule que « les cessionnaires n'avaient pas à contribuer au passif héréditaire : cf. civ. 1er, 21 octobre 1964, J. C. P., 1965, II, éd. N., 14168, note Pierre Voirin.

(25) Cf. Pau, 12 déc. 1892, D. P. 1894. 2. 167 : « s'il n'est pas nécessaire, pour que le retrait successoral puisse être exercé, que la cession consentie par un cohéritier à un étranger comprenne toute la part héréditaire de ce cohéritier, il faut au moins qu'elle porte sur une fraction de cette part héréditaire et qu'elle donne au cessionnaire le droit de se présenter tant au partage qu'à la liquidation et d'en suivre toutes les opérations en exerçant tous les droits de son cédant ». Cf., également : Lyon, 8 mai 1896, gaz. Pal. 1896. 2. 117.

(26) Cass., req., 12 août 1868, D. P. 1871. 5. 342 ; S. 1868. 1. 380 — Trib. civ. Vervins, 29 juill. 1910, Gaz. Pal 1910. 2. 561.

(27) Civ. 1re sect. civ., 5 mars 1956, D. 1956. 302 ; J. C P. 1956, II, éd. N., 9426 ; journ. Not. 1956, art. 45129, P. 705 Com. R. Savatier, Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 567, nº 5.

ment et rigoureusement les conditions restrictives du retrait successoral, c'est faire jouer cette institution de façon arbitraire. Pour notre part, cette solution nous paraît incontestable.

De tout ceci découle que toute cession qui confère à un non-successible la qualité de copartageant par le transfert soit d'une part de succession, soit d'une quote-part ou de plusieurs quotes-parts, est soumise au retrait.

Dans tous ces cas il ne saurait y avoir doute : un étranger pénètre, dans une indivision existant entre les cohéritiers, avec des droits aussi étendus que ceux qui appartiennent à ces derniers.

Cession portant sur un bien déterminé

Mais un héritier peut très bien céder à un étranger sa part dans un objet déterminé : ce genre de contrat n'est pas interdit en droit français (28). Vis-à-vis d'une telle cesion, le retrait successoral va-t-il pouvoir s'appliquer ?

Pour trancher cette question, il faut encore rechercher quelle est la nature des pouvoirs conférés au cessionnaire : autrement dit, il faut savoir si, en pareil cas, nous sommes en présence d'une cession de droits successifs.

En fait, une telle opération présente un caractère essentiellement aléatoire, puisque le cédant n'a qu'un droit éventuel sur l'objet dont la propriété privative ne peut lui être assurée que par un allotissement correspondant au moment du partage : si l'objet ne lui est pas attribué, il sera censé, en vertu de l'effet déclaratif du partage, n'avoir jamais eu aucun droit sur lui et, par voie de conséquence, la cession qu'il en aura faite deviendra inefficace (29).

La situation est d'ailleurs la même dans le cas d'une hypothèque consentie par un cohéritier. C'est dire à quel point la cession envisagée sous cet angle diffère de la cession de droits successifs : Au lieu d'être un acte à titre universel, elle constitue un acte à titre particulier.

Comment le cessionnaire d'une quote-part, dans un objet déterminé, peut-il réaliser son droit ?

Etant cessionnaire d'un droit aléatoire, il a un intérêt majeur à surveiller de près les opérations du partage : psychologiquement, il sera animé d'un état d'esprit défensif ; il va avoir un double intérêt : que le partage soit effectué le plus tôt possible et que l'objet déterminé soit mis dans le lot de son cédant pour que sa cession soit confirmée.

Va-t-il pouvoir provoquer le partage de la succession entière par le

---

(28) Notons, à titre de comparaison, que le § 2. 033 du Code civil allemand interdit ce genre de cession.

(29) Si le bien, vendu aux enchères est adjugé à une personne étrangère à l'indivision, la créance du prix de vente prenant par subrogation la place du bien dans l'indivision, la validité de la cession dépend encore du résultat du partage : Si, en effet, la totalité du prix d'adjudication est mise dans le lot d'un indivisaire autre que le cédant, la cession consentie est sans objet ; si au contraire, une partie du prix d'adjudication est mise au lot du cédant, la cession est valable dans la proportion même de cette fraction qui représente la part de l'indivisaire cédant.

jeu de l'article 815 ? Nous ne le pensons pas, bien que l'affirmative ait été soutenue.

Pourra-t-il, du moins, avant que soit effectué ce partage total, demander la licitation de l'objet déterminé dont il est cessionnaire ? C'est la solution que semble avoir adoptée la Cour de Poitiers (30) en se fondant toujours sur l'article 815.

Etre favorable à cette opinion, ce serait obliger les héritiers à procéder à un partage partiel. Or, faire sortir isolément de l'indivision des biens qui en constituent très souvent la plus grande partie, c'est rendre plus difficile et moins avantageux le partage du surplus.

Ainsi se trouvent en conflit deux droits également respectables, celui du cessionnaire qui consiste à concrétiser son droit sans en être empêché par les retards volontaires ou forcés du partage de la masse héréditaire ; celui des cohéritiers qui consiste à procéder au partage dans les conditions les meilleures, sans être contraints, par le fait de l'un d'eux, à scinder cet acte en deux opérations successives préjudiciables à leurs intérêts dans la majorité des cas.

Est-ce à dire qu'il faille laisser aux juges du fond le pouvoir d'apprécier, d'après les circonstances, laquelle de ces solutions est en fait la plus conforme aux justes considérations de mesure et d'équité ?

L'article 815, qui autorise tout indivisaire à sortir de l'indivision, n'a évidemment d'action que dans les limites de cette indivision. Or le cessionnaire qui nous occupe n'est pas en état d'indivision sur l'ensemble de l'hérédité : il ne possède qu'un droit de propriété purement éventuel sur sur bien déterminé. Lui accorder l'action de l'article 815, pour le tout ou pour partie, c'est le considérer comme un cessionnaire définitif : on transformerait son droit incertain en un droit certain. De ce fait, il serait difficile de ne pas accorder le retrait successoral contre lui, puisqu'il pourrait se comporter comme un indivisaire. Tous les arrêts qui envisagent cette situation disent comment le cessionnaire intervient au partage, mais non de quelle manière il peut le provoquer (31).

En fait, le cessionnaire ne peut être considéré comme un co-indivisaire des cohéritiers du cédant ; sa position est bien davantage celle d'un créancier de ce dernier. C'est sous cet angle qu'il faut analyser les pouvoirs qu'il peut posséder vis-à-vis de l'indivision.

Ce sera en vertu des articles 1.166 et 2.205 du Code civil, selon nous, que le cessionnaire va pouvoir demander le partage de la succession tout entière, non le partage de l'objet cédé.

Sans doute cette demande en partage va-t-elle gêner les cohéritiers qui, pour des raisons personnelles auraient préféré en retarder l'exécution. Mais la situation est ici identique à celle des créanciers personnels ordinaires des cohéritiers.

---

(30) Poitiers, 6 fév. 1901, D. H. 1901. 2. 433 ; S. 1902. 2. 197.

C'est aussi l'opinion de Baudry-Lacantinerie et Wahl (Des Successions, t. II, n° 2293, p. 733) aux yeux desquels le cessionnaire tient son droit de la loi et non du cédant : il n'y a pas d'autre moyen de provoquer le partage que l'article 815.

(31) Cf. Civ. 22 janv. 1936, D. H. 1936. 166 — ; Gaz. Pal. 1936. 1. 583 : v. également : Alger, 27 fév. 1947, S. 1948. 2. 8.

Cela étant, le cessionnaire ne pourra intervenir au partage qu'en vertu de l'article 882, comme créancier du cédant : Pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de ses droits, il peut demander à ce qu'il y soit procédé en sa présence. Il surveillera la formation des lots et leur attribution. Il n'a pas le droit de demander que le bien sur lequel il a acquis la part de l'héritier soit placé au lot de celui-ci ; il ne peut non plus demander que le partage soit effectué au mieux de ses intérêts.

Au résultat de cette analyse nous constatons que la situation envisagée ne saurait légitimer l'application du retrait successoral : puisque le cessionnaire d'un bien déterminé provoque au sein de l'indivision familiale une situation identique à celle créée par les créanciers personnels de tous les cohéritiers, situation prévue par la loi de la manière la moins gênante possible pour les cohéritiers.

Il n'intervient pas au partage avec tous les droits et tous les pouvoirs d'un copartageant ordinaire, faculté que seule la cession de droits successifs faite à titre universel confère.

C'est dans ce sens que sont prononcées les très nombreuses décisions interdisant l'exercice du retrait successoral contre un cessionnaire de droits indivis dans des objets particuliers de la succession (32).

Plus spécialement le retrait successoral ne peut atteindre la cession faite par un héritier de ses droits dans des immeubles déterminés de la succession, voire même dans des « immeubles situés dans tel arrondissement » (33). A plus forte raison le retrait ne peut être exercé, si l'immeuble vendu et déterminé est un immeuble resté indivis après le partage de la succession (34), ou même après le partage de la partie mobilière de la succession (35).

De même, le retrait n'est pas admis contre la cession d'un cabinet d'affaires et d'un droit au bail par exemple, même si l'héritier, par un

---

(32) Cass. Req., 28 avril 1808 ; S. 1808. 1. 523 — Cass. civ., 27 juin 1832, S. 1832. 1. 852 ; D. P. 1832. 1. 241 — Cass. rej., 14 août 1840, D. P. 1840. 1. 321 ; S. 1840, 1. 754 — Cass. req., 21 déc. 1920, S. 1921. 1. 134 ; Gaz. Pal., 1921. 1. 117 — Civ., 22 janv. 1936, D. H. 1936, 166 ; Gaz. Pal., 1936. 1. 583 — Civ., 1re sect. civ., 21 mai 1959, D. 1959 ; Somm. 106 — Civ. 1re, sect. civ., 3 oct. 1961. Bull. cass. civ. 1961, i, n° 340, p. 340 ; J. C. P. 1961, IV, Ed. G., 155 — Cass. civ. 19 déc. 1961 Bull. Cass., 1961, I, p. 490 n° 616 — Cass ; civ. 1re, 19 juin 1962, J. C. P., 1962, éd. G., II, 12.791 ; Bull. cass. 1962 C. I. 280 — Bourges, 12 juillet 1831, S. 1832. 2. 50. — Bourges, 16 déc. 1833, S. 1834. 2. 652 — Paris, 14 juin 1834, S. 1836. 2. 113 Riom, 13 nov. 1846, S. 1847. 2. 199 — Agen, 2 avril 1851, S. 1852. 2. 307 ; D. 1851. 2. 151 — Rennes, 15 janv. 1880, S. 1881. 2. 185 ; D. 1881. 2. 144 — Pau, 12 déc. 1892, D. 1894. 2. 167 — Lyon, 8 mai 1896, Gaz. Pal. 1896. 2. 118 — Poitiers, 6 fév. 1901, prec. — Paris, 1er juill. 1909, D. P. 1910. 2. 287 ; S. 1910. 2. 172 — Alger, 27 fév. 1947, S. 1948. 2. 8.

Contra : Cass. civ., 15 mai 1833, S. 1833. 1. 369 ; D. P. 1833. 1. 212. : le retrait successoral avait été admis dans cette espèce, car il y avait doute lors de la cession sur l'étendue des droits du cédant. Pau. 14 mai 1830, D. P. 1831. 2. 83 — Toulouse, 3 juin 1834, D. 1834, D. 1835. 2. 27. — Bourges, 9 mars 1842, S. 1843. 2. 77. ; D. P. 1843. 2. 34. — Besançon, 6 fév. 1872, D. 1872. 2. 140.

(33) Lyon, 17 mai 1831, D. P. 1832. 2. 169 ; S. 1833. 2. 156.

(34) Req. 26 nov. 1861, D. P. 1862. 1. 335. ; S. 1862. 1. 1025 — Trib. civ. Seine, 23 oct. 1953, Gaz. Pal. 1953. 2. 372. (35) Trib. des Landes, 17 déc. 1926, Sem. jur. 1927, p. 231 Comm. H. Vialleton, Rev. crit. de leg. et jurisprudence, tome 48, 1928, p. 19, n° 6.

acte postérieur, cède à la même personne ses autres droits dans la succession.

Dans cette hypothèse le retrait ne peut s'appliquer qu'à la dernière cession (36).

Toutes ces cessions ne sont pas susceptibles de retrait, quelle que soit l'importance des biens cédés par rapport à l'hérédité. Ainsi, dans cette jurisprudence traditionnelle, le retrait n'est pas admis contre la cession du seul immeuble de la succession, et la Chambre des requêtes (37) s'est prononcée dans ce sens : « Attendu que vainement le pourvoi soutient que l'immeuble... étant le seul immeuble de la succession, la cession d'une quote-part de cet immeuble équivalait à la cession d'une quote-part de l'universalité de la succession immobilière... ; attendu que le fait allégué, alors même qu'il eut été établi, n'aurait pu, à lui seul, justifier la demande de retrait successoral... dès lors qu'il était constaté que les parties n'avaient entendu vendre et acquérir que la quote-part d'un immeuble, et non une part de la succession... ».

Mais le retrait peut être exercé contre le cessionnaire des droits d'un cohéritier dans un objet déterminé, si cet objet compose à lui seul la succession (38), dès lors que ce cessionnaire appréhende une quote-part de l'hérédité tout entière.

Le retrait successoral ne peut ainsi atteindre que la cession de droits successifs faite à titre universel : il n'est donc pas possible contre une cession d'objets déterminés de la succession encore indivise, consentie par un héritier.

Cette proposition paraît simple, mais nous allons voir que, pratiquement, il y a souvent difficulté sur le point de savoir si une cession a un objet universel ou particulier : il faut alors faire prévaloir la réalité sur l'apparence.

La fraude dans l'application du principe posé

En effet, les parties, dans le but d'éviter le retrait successoral, peuvent être tentées de déguiser une cession de droits successifs en une cession d'objets déterminés.

Cette tentative, pour déjouer l'application du retrait, constitue une fraude qui doit être prouvée par tous les moyens et même par simples présomptions.

C'est à cette notion de fraude que la jurisprudence a fait appel antérieurement à l'évolution que nous exposerons plus loin, pour permettre l'exercice du retrait successoral contre le cessionnaire des droits d'un héritier dans des objets déterminés : tels qu'un immeuble ou une quote-

---

(36) Req. 23 mars 1870, D. P. 1870. 1. 422 ; S. 1871. 1. 78.

(37) Req. 21 déc. 1920, S. 1921. 1. 134 ; Gaz. Pal. 1921. 1. 117. v. également Comm. sur cet arrêt par Hugueney, in Rev. trim. dr. civ., 1921, p. 297 n° 3.

(38) Cass. civ., 16 mai 1848, D. P. 1848. 1. 125 ; 3. 1848. 1. 388 — Bourges, 16 déc. 1833. 3. 1834. 2. 652 ; D. P. 1834. 2. 99 — Riom, 28 nov. 1848, S, 1849. 2. 85. — Trib. civ. Rodez, 26 juillet 1915, Gaz. trib., 26 sept. 1915.

part d'immeuble (39), ou bien encore dans le cas où un immeuble compose à lui seul toute la succession (40).

De même l'énumération détaillée de tous les biens composant la succession n'ôte point à la cession qui en est faite son caractère de vente totale du droit à la succession (41) : cette énumération détaillée ne fait qu'augmenter la garantie que le cédant est tenu de fournir au cessionnaire. Dans ce cas la fraude est présumée et n'a point à être prouvée. Au contraire, pour que le retrait successoral ne puisse jouer, il faut qu'il soit constaté que les parties avaient eu l'intention de céder un objet et non une part de la succession (42).

Le juge a donc pour mission de rechercher si une cession d'objets héréditaires ne cache pas une véritable cession de l'hérédité et si les parties ont entendu « déguiser dans un artifice de langage une véritable cession de droits successifs » (43). En effet, la qualification donnée par les parties à l'acte, importe peu (44). A l'inverse, le retrait « ne peut pas être exercé lorsque la cession, bien que désignant une quote-part de droits successifs, n'a porté en réalité que sur un bien déterminé » (45).

Suivant la jurisprudence traditionnelle qui vient d'être analysée, le retrait successoral est admis contre toute cession portant sur l'universalité ou une quote-part de l'hérédité tout entière.

La masse héréditaire est considérée comme formant un bloc indivisible dont par ailleurs le Code civil en fait une entité soumise dans tous ses éléments aux mêmes règles de dévolution.

L'article 841 parle du cohéritier qui a cédé « son droit à la succession », ce qui implique la cession d'une part ou d'une quote-part. Si certaines cessions portant sur des biens déterminés de la succession ont été soumises au retrait jusqu'à présent, c'est parce que la jurisprudence faisait appel à la notion de fraude.

Ces considérations vont connaître une évolution caractéristique.

---

(39) Bourges, 9 mars 1842, S. 1843. 2. 77 ; D. P. 1843. 2. 34.

(40) Bourges, 16 déc. 1833, S. 1834. 2. 652 ; D. P. 1834. 2. 99. — Bastia, 23 mars 1835, D. P. 1835. 2. 58 ; S. 1835. 2. 349. — Riom, 23 nov. 1848, S. 1849. 2. 85. Dans cette espèce l'immeuble était transmis avec des charges héréditaires, ce qui constituait en fait un véritable transport de droits successifs. Cf. également, Trib. civ. Rodez, 26 juill. 1915, prec.

(41) « Autrement il dépendrait de la volonté des parties d'éluder et d'anéantir, à l'aide d'une telle énumération, les effets de l'article 841 et ses dispositions impératives. » Cass. civ., 16 mai 1848, D. P. 1848. 1. 125 ; S. 1848, B. P. 388. Dans le même sens : Pau, 19 août 1837, D. P. 1839. 2. 26 ; S. 1839. 2. 153 ; Rennes, 15 janv. 1880, D. P. 1881. 2. 114 ; S. 1881. 2. 185.

(42) Req, 21 déc. 1920, préc. Trib. civ. Saint-Jean-d'Angely 7 juin 1900, confirmé par la Cour de Poitiers, 6 février 1901, préc.

(43) Paris, 1er juill. 1909, D. P. 1910. 2. 287 ; S. 1910. 2. 172.

(44) Civ., 16 mai 1848 et Riom, 23 nov. 1848 préc.

Req., 30 juin 1947, S. 1948. 1. 101 : Dans cette espèce, les juges du fond avaient constaté qu'une indication de superficie n'avait été qu'un moyen de désigner la quote part des droits successifs cédés : le retrait était donc possible.

(45) Req., 9 fév. 1934, D. H. 1934. 161 ; S. 1934. 1. 151. Gaz. Pal. 1934. 1. 740 ; Sem. jur. 1934, p. 710. Il s'agissait en l'espèce, d'un acte sous seings privés : les parties n'avaient pas qualifié exactement leur cession. La Cour d'appel (Chambéry, 31 mars 1931) avait remarqué d'après le contenu de l'acte qu'elle avait interprété, sans le dénaturer, que certains immeubles ne faisaient pas partie, en fait, de la cession.

II. — L'EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

L'évolution dans l'admission des cessions touchées par le retrait successoral se manifestera par l'adoption d'un nouveau principe que la jurisprudence va progressivement dégager, en même temps qu'elle reconnaîtra un plus large pouvoir d'appréciation aux juges du fond.

Nouveau principe : Les cessions d'universalités mobilières ou immobilières

Cette évolution de la jurisprudence a été amorcée par un arrêt de la chambre des requêtes, rendu le 18 mai 1931 (46) : « Attendu que s'il n'y a pas lieu à retrait lorsque la cession a porté, non sur une quotité de droits successifs ou sur leur totalité, mais sur certains biens déterminés, il y a, au contraire, lieu à retrait lorsque la cession, quoique désignant des biens déterminés, s'est étendue à l'universalité de l'hérédité mobilière ou immobilière : d'où il suit qu'en admettant le retrait contre la cession, par un cohéritier, de ses droits dans l'universalité de l'hérédité immobilière, l'arrêt attaqué (Alger, 10 janvier 1929) a fait une juste application... ».

C'est la première fois en notre matière que nous rencontrons cette distinction de l'hérédité mobilière ou immobilière qui permet de rendre le retrait applicable lorsque la cession porte sur l'une ou l'autre (47). En fait, cet arrêt est passé presque inaperçu en son temps, ou tout au moins les commentateurs n'ont pas voulu s'y attarder, car l'espèce analysée semblait se rapprocher de celles pour lesquelles la fraude légitimait l'application du retrait, et la doctrine s'efforçait de maintenir ce point de vue, ce qui permettait une certaine latitude d'appréciation.

Cette nouvelle doctrine de la Cour suprême va se préciser et s'ériger en principe dans une série d'arrêts qui, tous, vont reconnaître la possibilité d'exercer le retrait successoral contre des cessions portant sur l'universalité, soit mobilière, soit immobilière, d'une succession.

Cette série débute par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 26 décembre 1951 (48), cassant un jugement du Tribunal de Bône (49) émettant cet avis qu'il n'y a pas « à distinguer si la succession est mobilière ou immobilière, ou les deux à la fois, le mot succession étant générique et ne comportant aucune distinction ».

La Cour de cassation reprenant en exergue l'argumentation de l'arrêt du 18 mai 1931 (précité) conclut : « Dès lors, doit être cassé, pour manque de base légale, le jugement qui admet l'impossibilité juridique qu'il y

---

(46) Req., 18 mai 1931, D. H. 1931. 347 ; Gaz. Pal., 1931. 2. 345.

(47) Cette distinction avait déjà été soumise à l'appréciation de la Cour suprême qui s'était refusée à la prendre en considération : Cf. Req., 21 déc. 1920, S. 1921. 1. 134 ; Gaz. Pal. 1921. 1. 117 — Cf. également la note de M. Hugueney, dans la Rev. trim. dr. civ. 1921, p. 297, n° 3, qui souhaitait et prophétisait à cette époque un revirement de la jurisprudence sur cette question.

(48) Civ., sect. civ., 26 déc. 1951, Bull. cass. civ., 1951, I. n° 367, p. 288 ; J. C. P. 1952, II, éd. N., 6. 715, rapport Raoul Cavarroc ; journ. Not., 1952, art. 43.781, p. 407, note A. Raison.

(49) Trib. civ. Bône, 4 nov. 1948 : tribunal d'appel.

aurait, selon lui, pour l'exercice du retrait, à assimiler la cession par un héritier de l'ensemble des droits indivis, seulement dans l'hérédité immobilière, à la cession d'une quote-part de l'universalité de la succession » (50). Tous ces arrêts édictent donc le nouveau principe, mais ils ne rapportent pas la constatation des juges du fond de l'existence d'une masse mobilière exclue de la cession portant sur une universalité immobilière de la succession.

Il n'y a plus aucune équivoque dans l'espèce soumise à la Chambre civile le 21 décembre 1954 (51), qui a rendu un arrêt formulé en ces termes : « ... Encourt la cassation le jugement qui, après avoir constaté expressément que la cession litigieuse avait eu pour objet une universalité de droits immobiliers — s'est fondé pour refuser le retrait successoral, sur ce que la succession mobilière avait été exclue de la cession, alors que, si cette dernière ne portait pas sur certains biens déterminés, la partie des biens vendus constituait bien que quotité des droits successifs... ».

Les arrêts qui vont être rendus par la suite vont reprendre cette nouvelle doctrine sans variation. Ainsi est soumise au retrait successoral la cession par un héritier de la totalité de ses droits et parts indivises dans l'universalité immobilière de la succession (52), même après le partage entre cohéritiers des biens meubles de la même succession (53 et 53 bis).

Le principe dégagé par la jurisprudence se formule maintenant sans réserve dans tous ces arrêts. Il s'est concentré en une proposition simple, ainsi exprimée : « le retrait successoral prévu par l'article 841 du Code civil s'exerce contre toute cession portant sur l'universalité immobilière ou mobilière de la succession, ou sur une quote-part de cette universalité » (54).

Un arrêt du 14 déc. 1955 (55) a tiré une application particulière de cette jurisprudence : lorsqu'un héritier a cédé parmi les biens qu'il a recueillis du chef de plusieurs auteurs dans une succession restée indivise, la totalité de la part immobilière lui provenant de certains d'entre eux,

---

(50) Dans le même sens : Cass. civ., 1re sect. civ., 28 avril 1953, D. 1953. 44 ; Gaz. Pal. 1953. 2. 13 ; Bull. cass. civ., 1953, I, n° 139, p. 116. Cf. Alger, 27 fév. 1947, S. 1948. 2. 8. (sol. impl.).

(51) Civ. 1re sect. civ., 21 déc. 1954, D. Somm. 4 ; J. C. P., 1955, IV, éd. G., 14.

V. Comm. R. Savatier, in Rev. trim. dr. civ., 1956, p. 375, n° 1.

(52) Civ. 1re sect. civ., 15 oct. 1957, D. 1958, Somm. 6 ; Gaz. Pal., 1957. 2. 317. — V. Comm. R. Savatier, in Rev. trim. dr. civ., 1958, p. 113, n° 2.

(53) Civ., 1re sect. civ., 13 juill. 1955, D. 1956. 334, note Vialleton ; J. C. P. 1955, IV, éd. G, 126. Civ., 1re sect. civ., 4 janv. 1956, Bull. cass. civ., 1956, I, n° 8, p. 6 ; journ. Not., 1956, p. 703, art. 45. 128, note A. Raison.

Ce dernier arrêt reconnaît néanmoins que le retrait est possible parce que « dans le cas présent », le partage antérieur n'avait pas fait perdre au patrimoine immobilier demeuré indivis son caractère successoral. Cette réserve n'a d'ailleurs sur le plan juridique rien de probant, et n'enlève pas à l'ensemble de la jurisprudence analysée le caractère catégorique du principe dégagé.

(53 bis) Cf. Civ. 1re sect. civ., 21 oct. 1964, J. C. P. 1965, II, éd. N., 14.168, note P. Voirin — Le partage partiel limité aux seuls meubles de la succession ne substitue pas une indivision ordinaire à l'indivision héréditaire.

(54) V. notamment : Civ., 1re sect. civ., 17 juill. 1961, Bull. cass. civ., 1961, I, n° 409, p. 322 ; J. C. P. 1961, IV, éd. G, 135.

(55) Civ., 1re sect. civ., 14 déc. 1955, Bull. cass. civ., 1955, I, n° 448, p 358 ; J. C. P., 1956, IV, éd. G., 11.

le cessionnaire a acquis la propriété d'une quote-part de l'universalité immobilière de la succession de l'auteur commun et le droit de venir au partage de celle-ci. Le retrait est donc possible, même si le cédant a conservé les autres parts lui revenant dans cette succession.

Notons, avant de nous livrer à une analyse critique de cette jurisprudence, que tous les arrêts dont la relation précède, à l'exception d'un seul (56), cassent les arrêts ou les jugements d'appels soumis à l'appréciation de la Cour de cassation. C'est assez dire la longue résistance, s'étalant sur plus de dix ans, des Cours ou des tribunaux d'appel (57) contre la position définitivement adoptée par la Cour suprême.

Cette jurisprudence est-elle nouvelle ? Certains arrêts anciens avaient admis le retrait successoral contre des cessions de droits indivis portant seulement sur des immeubles dépendant de l'hérédité ; mais à y regarder de plus près, tous ces arrêts se basaient soit sur l'intention des parties (58), soit sur le doute qu'il y avait, lors de la cession, sur l'étendue des droits du cédant (59).

Or, cette jurisprudence innove en ce sens que du seul fait qu'une cession est consentie par une héritier de ses droits indivis portant sur l'universalité mobilière ou immobilière, le retrait est applicable « même sans intention frauduleuse » (60).

Autrement dit, il y a abandon de la notion de fraude pour faire jouer l'article 841 contre une cession d'objet déterminé. Et les arrêts qui en décident ainsi revêtent la forme d'arrêts de principe. C'est au résultat de fait et non à l'intention cachée de l'acte que la jurisprudence entend subordonner le retrait.

Une cession de tous les droits immobiliers ou de tous les droits mobiliers est considérée actuellement comme une cession de droits successifs au regard du retrait successoral.

Nous avons noté la réticence des Cours d'appel pour adopter cette position, réticence partagée par l'ensemble de la doctrine sur le plan du droit successoral (61).

C'est qu'en effet cette jurisprudence semble s'être inspirée pour apprécier le domaine du retrait successoral, de la définition donnée par l'article 1.010 du Code civil. du legs à titre universel : nous savons, en effet, que cet article considère comme legs à titre universel, non seulement le legs qui porte sur une fraction de l'ensemble de la succession, mais en-

---

(56) Civ., 21 déc. 1954, préc.

(57) Un grand nombre des affaires jugées venaient d'Algérie dans les années 1950-1960. Nous essayerons par ailleurs d'expliquer pourquoi.

(58) Cass., 16 mai 1848, S. 1848. 1. 368 ; D. P. 1848. 1. 125. Pau, 14 mai 1830, D. P. 1831. 2. 83. S. 1831. 2. 284. Pau, 12 août 1837, D. P. 1839. 2. 26. ; S. 1839. 2. 153. Bourges, 9 mars 1842, D. P. 1843. 2. 34 ; S. 1843. 2. 77.

(59) Cass., 15 mai 1833, D. P. 1833. 1. 212 ; S. 1833. 1. 369.

(60) V. Paris, 25 juin 1956, D. 1957, Somm. 4., Gaz. Pal. 1956. 2. 152 ; J. C. P. 1957, II, éd. N., 9. 999. qui précise cet aspect du problème dans les termes rapportés ci-dessus. V. Comm. R. Savatier, Rev. trim. dr. civ., 1957, p. 155, n° 3.

(61) V. notamment les commentaires à ce sujet de M. René Savatier : Rev. trim. dr. civ., 1956, p. 375, n° 1 — 1958, p. 113, n° 2 et 1959, p. 133, n°2. Et la note de M. A. Raison, au journ. Not. 1956, p. 703, art. 45. 128, Sous Civ. 4 janvier 1956, préc.

core celui qui aurait été fait par le testateur soit de tous ses immeubles, soit de tous ses meubles. Cet article 1.010 constituerait en quelque sorte le fondement juridique de la jurisprudence que nous venons d'étudier (62) qui retient en matière de retrait successoral l'assimilation faite par le Code civil d'un legs de tous les immeubles, de tous les meubles, ou d'une fraction globale des uns ou des autres, à une quote-part de l'universalité successorale. Ainsi que M. René Savatier le note, « il y a là une survivance du temps antérieur à 1804, où la succession mobilière recevait, dans son ensemble, une autre destination que la succeccion immobilière, et formait une masse distincte et, pour ainsi dire, autonome » (63).

En effet, l'article 1.010 constitue la seule exception dans le Code à l'abolition de la distinction des successions mobilières et immobilières et cette exception est considérée comme illogique et critiquée par la doctrine (64). Beaucoup d'auteurs s'accordent pour penser qu'il s'agit sans doute d'une inadvertance du législateur, et qu'en tout cas l'article 1.010 est étranger à l'article 841.

En fait, toute la doctrine souligne par ailleurs le caractère archaïque de la distinction systématique et générale des meubles et des immeubles que notre Code a établie à travers les patrimoines et à ce sujet M. René Savatier émet cette opinion : « ce n'est vraiment pas le moment de la (cette distinction) ressusciter, contrairement aux textes et à la volonté du du Code civil en matière de succession, où le Code l'avait écartée » (65).

Certes, la cession, soit de tous les immeubles, soit de tous les meubles, faite par un légataire à titre universel donne ouverture au retrait successoral. Car, dans ce cas, compte tenu de la substance de l'article 1.010 du Code civil que nous venons de relater, c'est bien le droit à la succession qui est cédé. Mais le principe de l'unité du patrimoine en matière successorale devrait conduire à un raisonnement contraire en ce qui concerne les héritiers, ou tout au moins c'est ce que commanderait la rigueur des principes juridiques.

A priori, il nous paraît tout aussi malaisé de prétendre qu'une cession de droits indivis dans une universalité immobilière ou mobilière constitue une cession d'hérédité, que de considérer, à l'inverse, qu'elle constitue une vente individuelle.

Là encore, c'est la nature des pouvoirs conférés au cessionnaire étranger relativement au partage qui doit intervenir entre cohéritiers, qui devrait donner la réponse à la question posée.

Il faut bien avouer que le problème est délicat à résoudre : car, en fait, tout repose sur l'analyse de l'intention des parties !

Cette analyse de l'intention des parties, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, présente une telle complexité qu'elle risque justement de tourner en procès d'intention. Et c'est sans doute la sagesse de la Cour de cassation, en transgressant quelque peu la rigueur des principes juridiques, que d'avoir érigé en principe le fait de soumettre une cession

---

(62) Cf. Rapport du conseiller R. Cavarroc, au J. C. P., 1952, II, éd. N., 6715, sous liv., sect. civ., 26 déc. 1951, préc.

(63) Rev. tr. dr. civ., préc.

(64) Planiol et Ripert, t. 5 par Trasbot, n° 617 Ripert et Boulanger, t. 3, n° 2117. Colin et Capitant, t. 3, n° 1859.

(65) Rev. trim. dr. civ., 1958, préc.

de droits indivis dans une universalité immobilière ou mobilière aux effets de l'article 841. C'était limiter cette perpétuelle recherche de la conscience des parties, éviter, dans un nombre considérable de cas, aux juges de se livrer à une introspection revêtant bien souvent toutes les apparences d'un véritable rébus.

La Cour suprême abandonne, en notre matière, le principe de l'unité du patrimoine pour éviter que le retrait successoral ne se sclérose : En effet s'il n'en était pas ainsi, cela reviendrait à soumettre chaque cas possible de retrait à l'appréciation des juges, pour savoir si l'article 841 est applicable ou non.

Est-ce à dire que la jurisprudence récente ait écarté, dans la détermination de l'application du retrait succcessoral, cette recherche par les juges du fond de l'intention des parties ?

Il semble bien, au contraire, que l'appréciation souveraine des juges soit largement reconnue et même intensifiée d'une manière systématique par la jurisprudence actuelle dans tous les cas où elle se révèle indispensable.

L'extension du pouvoir d'appréciation des juges du fond

Nous connaissons maintenant ce qu'il faut entendre par cession à titre universel passible indiscutablement du retrait sans que les juges n'aient plus à en apprécier le contenu.

C'est donc, dans tous les cas où il n'y a pas cession à titre universel et où, cependant, les virtualités de la cession posent des problèmes d'interprétation que la jurisprudence moderne a étendu d'une façon notable le pouvoir d'appréciation des juges du fond.

Ainsi il appartient aux juges du fond, sans se contredire et sans dénaturer les documents, d'apprécier si la cession qui paraît dans les termes s'appliquer à des biens particuliers, ne s'étend pas en réalité à la totalité du patrimoine successoral immobilier ou mobilier, et partant au droit héréditaire lui-même (66). Il importe de savoir ce que les parties ont entendu faire.

De même, les juges apprécient souverainement le fait qu'une énumération de biens immeubles dans une cession ne soit pas limitative, et par suite ils peuvent déclarer le retrait applicable (67). A l'inverse, ils peuvent décider que l'énumération « précise et complète » des immeubles cédés avait eu pour objet de déterminer avec exactitude les biens vendus et ne constituait aucunement une fraude destinée à l'application éventuelle de l'article 841 (68).

Pareillement le juge reconnaît souverainement qu'une indication de superficie dans une cession est une formule employée par les parties équi-

---

(66) Civ. 1re sect. civ., 30 oct. 1961, D. 1962, Somm. 54 — Civ., 1re sect. civ., 19 déc. 1961, Bull. cass. civ., 1961, I, n° 616, p. 490. — Trib. civ. Dreux, 24 nov. 1943, Gaz. Pal. 1944. 1. 7. — Paris, 28 nov. 1950, D. 1951. 533 ; S. 1951. 2. 143 et J. C. P. 1952, II, éd. N., 7072 (1re espèce).

(67) Civ., 1re sect. civ., 28 déc. 1957, Bull. cass. civ., 1957, I, n° 515, p. 416.

(68) Civ., 1re sect. civ., 27 déc. 1957, Bull. cass. civ., 1957, I, n° 510, p. 413.

valant à désigner une quote-part d'universalité (69) ; il en est de même pour une indication de lieu, si les juges constatent que tous les immeubles successoraux sont situés au même endroit (70). Mais, pour admettre le retrait, le juge ne doit prendre en considération que les seules cessions soumises à son appréciation (71).

Le pouvoir souverain des juges du fond s'étend également à l'appréciation des pouvoirs conférés par une cession au cessionnaire dans l'indivision successorale (72).

Ainsi la Cour suprême reconnaît au juge dans les arrêts que nous venons d'analyser un large pouvoir d'appréciation sur les intentions des parties ayant présidé à l'élaboration de la cession. Les arrêts récents montrent qu'elle ne limite pas le pouvoir d'application à la seule intention des parties, puisqu'il s'étend même aux circonstances de fait.

Un premier arrêt caractéristique à cet égard a été rendu par la Chambre civile, le 23 octobre 1951 (73), qui reprend la formule que nous connaissons : « Il appartient aux juges du fond d'apprécier si la cession qui paraît s'appliquer à des biens particuliers ne s'étend pas en réalité au droit héréditaire lui-même » et qui poursuit : « c'est à bon droit qu'après avoir constaté que les biens cédés coïncident en fait et sauf une exception pratiquement négligeable avec la totalité des droits du cédant, le juge en déduit la recevabilité de l'exercice du retrait successoral à l'encontre d'un spéculateur agissant par esprit de lucre et tendant à paralyser frauduleusement le jeu de l'article 841.

Vainement en ce cas serait-il soutenu, que le retrait, d'interprétation stricte, ne peut s'appliquer à la simple cession d'un droit indivis dans un ou plusieurs objets déterminés ».

Nous sommes loin de la rigueur des principes dont usait la jurisprudence classique à l'égard du retrait successoral !

Cet arrêt tolère une différence réputée « négligeable » entre les biens effectivement cédés et les droits du cédant. Ce caractère de négligeable peut comporter beaucoup de subjectivité (73 bis).

Ainsi les conditions de recevabilité du retrait successoral dépendent de plus en plus de l'appréciation des juges du fond qui sont de ce fait nantis sinon des pleins pouvoirs, tout au moins d'une liberté d'action assez large.

Devons-nous nous en étonner ? En fait, une cession du genre de celle qui doit être atteinte par le retrait successoral englobera rarement l'héré-

---

(69) Req., 30 juin 1947, S. 1948. 1. 101.

(70) Civ., 1re sect. civ., 13 juill. 1955, D. 1956. 337 ; J. C. P., 1955, IV, éd. G, 126.

(71) Civ., 1re sect. civ., 11 juill. 1955, D. 1956. 336. et Note H. Vialleton sous cass. 13 juill. 1955, D. 1956, 334 et s.

(72) Civ., 1re sect. civ., 13 fév. 1956, J. C. P. 1956, IV, éd. G., 46. — Civ., 1re sect. civ., 13 juill. 1955, D. 1956. Somm. 76 et Bull. cass. civ., 1955, I, n° 300, p. 25.

(73) Civ., sect. civ., 23 oct. 1951, D. 1951. 771 ; Gaz. Pal. 1952. 1. 39 ; J. C. P., 1952, II, éd. N., 7072. Cf. comm. R. Savatier in Rev. trim. dr. civ., 1952. p. 90, n° 2.

(73 bis) Mais il ne serait pas suffisant pour le retrayant d'arguer du fait que l'immeuble sur lequel portent les droits cédés « était l'élément le plus important de la succession ». Cass. civ., 1re, 19 juin 1962, J. C. P., éd. G, 1962, II, 12791 — Bull. Cass. 1962. 1. 280.

dité tout entière. Cet arrêt veut manifestement déjouer la fraude à la loi, sur le plan des principes, fraude qui consisterait à excepter de la cession quelques menus biens afin qu'elle perde le caractère universel. Dans notre espèce les juges n'ont pas recherché l'intention des parties et ainsi que le note M. René Savatier (74) cette jurisprudence a un caractère « moralisateur et justicier » : il s'agissait d'un acte intervenant entre un cessionnaire « agent d'affaires habile » et un cédant « héritier besogneux ». Si l'on exigeait une concordance parfaite entre les biens énumérés dans la cession et ceux composant la succession, ce serait en fait favoriser indirectement la fraude avec de faibles moyens de la sanctionner. Il y a donc, par cet arrêt, accroissement de l'efficacité du pouvoir du juge dans l'appréciation des éléments d'une cession face au retrait successoral.

Un certain nombre d'arrêts ont confirmé cette jurisprudence. Ainsi le retrait est admis contre la cession d'un immeuble constituant en fait l'intégralité de ce qui existe comme « actif réalisable » de la succession, « laquelle ne comporte, en outre, qu'un mobilier de si faible valeur qu'il est pratiquement négligeable » (75). Est soumise au retrait une cession d'une quote-part d'immeubles, alors que cette cession ne comprenait pas des parcelles qui « ne constituaient d'ailleurs qu'une très faible partie de l'actif successoral immobilier » (76).

Mais à l'inverse s'il ressort des constatations des juges du fond qu'un immeuble a été excepté de la cession, cette dernière ne peut donner lieu au retrait (77) : dans cette espèce l'immeuble excepté ne pouvait être considéré comme négligeable.

Notons à cette occasion que la jurisprudence semble en outre admettre que c'est au retrayant d'établir qu'un bien particulier constitue en fait l'universalité, ou une quote-part d'hérédité. La preuve contraire peut résulter de tous documents et notamment de la déclaration de succession (78).

Jusqu'à un arrêt de 1957, dont l'étude va suivre, l'appréciation était également laissée aux juges dans les cas où un cohéritier a cédé ses droits indivis dans le seul immeuble composant tout l'actif immobilier de la succession. Là encore les juges devaient rechercher l'intention des parties pour savoir si elles avaient entendu céder et acquérir un bien déterminé ou, au contraire, une quote-part de la succession (79). C'est ce qu'un arrêt

---

(74) Comm. de l'arrêt précité : op. et loc. cit.

(75) Civ., 1re sect. civ., 18 janv. 1954, Bull. cass. civ., 1954, 1. n° 25, p. 19. — Cf. également, civ., 1re sect. civ., 28 mars 1955, Bull. cass. civ., 1955, I, n° 140, p. 120 et J. C. P. 1955, IV, éd. G., 77.

(76) Civ., 1re sect. civ., 13 juill. 1955, D. 1956. 337 ; J. C. P., 1955, IV, éd. G., 126. Cf. note de H. Vialleton sous cass. 13 juill. 1955. D. 1956, 334 et s.

(77) Civ., 1re sect. civ., 16 mars 1955, Bull. cass. civ., 1955, I, n° 123, p. 106 ; J. C. P., 1955, IV, éd. G., p. 62. v. également ; Civ., 1re sect. civ., 19 déc. 1961, Bull. cass. civ., 1961, I, n° 616, p. 490.

(78) Civ., 1re sect. civ., 1er mars 1961, Bull. cass. civ., 1961, I, n° 136, p. 109 ; J. C. P., 1961, IV, éd. G., 59. — Civ., 1re sect. civ., 30 mai 1962, Bull. cass. civ., 1962 1. 245 ; J. C. P., 1962, éd. G., IV, P. 98.

(79) Civ., 1re sect. civ., 18 janv. 1954, préc. — Civ., 1re sect. civ., 12 juill. 1955, D. 1956, Somm. 76, Bull. cass. civ., 1955, I, n° 300 (arrêt n° 1) p. 251.

de 1955 (80) exprimait en ces termes : « Il y a lieu au retrait successoral bien que la cession incriminée n'ait porté que sur un immeuble déterminé dès lors que les juges du fond, auxquels il appartient de l'apprécier, constatent que cet immeuble formait à lui seul l'intégralité de la succession et que les droits indivis cédés constituaient en réalité une part d'hérédité ».

Mais la jurisprudence, étant bien fixée en ce sens qu'il faut considérer séparément l'universalité mobilière et immobilière, semble en avoir tiré une conséquence rigoureuse dans le cas qui nous intéresse par un arrêt du 15 octobre 1957 (81) qui, pour admettre le retrait contre la cession portant sur les droits de l'unique immeuble successoral, n'exige plus que le juge interprète la convention : « ... encourt la cassation l'arrêt rejetant l'action en retrait successoral au motif que la vente n'a porté que sur la quote-part d'un immeuble déterminé » et qu'elle « ne peut équivaloir à la cession de la quote-part de l'universalité de la succession immobilière », alors que l'immeuble constitue la totalité de l'hérédité immobilière ».

La Cour de Paris marque une certaine réticence à appliquer ces principes, ainsi qu'en témoigne l'arrêt cassé.

Statuant sur renvoi la Cour de Rouen (82) à son tour, rejette la demande en retrait des droits cédés dans le seul immeuble successoral en ces termes : « ... mais lorsque l'actif immobilier d'une succession ne comprend qu'un seul immeuble, il ne peut être question d'assimiler automatiquement la cession qu'un héritier consent de ses droits successifs dans cet immeuble à la cession d'une quote-part de ses droits successifs et d'en déduire que les parties ont voulu faire fraude à l'article 841 ; admettre cette solution reviendrait à décider que toute cession de droits successifs portant sur un immeuble déterminé lorsque la succession n'en comprend pas d'autres, est nécessairement sujette à retrait, alors que le principe est que les cessions portant sur un ou plusieurs biens ne peuvent y donner lieu.

Ce dernier principe impose de rechercher dans chaque cas particulier quelle a été l'intention des parties... ».

La Cour de Rouen veut souligner la distinction de principe entre la vente de biens « ut singuli » et la vente d'une hérédité : ce sont deux opérations différentes. La première, à la différence de la deuxième, ne donne aucune vocation à profiter des biens successoraux quelconques que l'on viendrait à découvrir en dehors de l'énumération des biens vendus, et elle ne l'oblige pas au passif.

Cet arrêt constitue une résistance à la jurisprudence de la Cour suprême : c'est l'automaticité de l'assimilation de la cession du seul immeuble successoral (ou du seul meuble) à celle d'une quote-part de la succession qui heurte le plus la Cour, laquelle par ailleurs ne semble pas repousser le principe jurisprudentiellement admis de la distinction de la succession immobilière et mobilière relativement au retrait.

---

(80) Civ., 1re sect. civ., 23 nov. 1955, Bull. cass. civ. 1955, I, n° 408, p. 329 ; J. C. P. 1955, éd. G., IV. 182.

(81) Civ., 1re sect. civ., 15 oct. 1957, D. 1958, Somm. 6 ; Gaz. Pal. 1957. 2. 317, cassant un arrêt de Paris du 16 mars 1954.

(82) Rouen, 10 juin 1958, D. 1958, Somm. 138 ; D. 1959. 73 ; Gaz. Pal. 1958. 2. 197.

Pourtant il semble que c'est dans cette distinction que réside la solution du problème qui nous intéresse. Dès lors qu'il est admis comme un principe que le retrait peut être exercé contre des cessions portant soit sur l'universalité mobilière, soit sur l'universalité immobilière de la succession, peu importe la consistance de chacune de ces universalités ! Par suite, si l'universalité immobilière, par exemple, ne comporte qu'un seul immeuble, il n'y a pas de raison d'admettre une exception au principe établi, sous prétexte que les parties peuvent avoir eu l'intention de faire une cession d'un bien déterminé, puisque, justement, c'est cette recherche de l'intention des parties dans des cas de cette espèce, que la jurisprudence a voulu éliminer par la nouvelle doctrine que nous avons exposée.

Autrement dit, l'arrêt du 15 octobre 1957 est une conséquence, rigoureuse sans doute, mais extrêmement logique de la jurisprudence élaborée d'une manière plus générale dans le courant des années qui l'ont précédé.

La Cour de cassation ne s'est pas laissé intimider par la résistance des Cours d'appel, puisqu'elle maintient la solution donnée sur la cession du seul immeuble successoral dans des arrêts ultérieurs (83).

Evidemment tous les auteurs qui s'opposent à la résurrection de la distinction des successions mobilières et immobilières pour l'application du retrait, s'opposent également aux solutions données par les arrêts que nous venons de citer (84).

L'objet des droits cédés passibles du retrait est représenté en fin de compte par la part ou la quote-part consistant dans le pouvoir de participer à l'exercice et à la jouissance du droit ou des droits indivis et d'en demander le partage : ce pouvoir étant conféré par la jurisprudence actuelle à tout cessionnaire d'une hérédité mobilière ou immobilière, pourvu, bien entendu, que son droit ne porte pas sur un bien déterminé.

Cette cession produit un double effet, positif et négatif : elle fait du cessionnaire un copartageant sans en faire un cohéritier ; cet effet présente donc un caractère exclusivement patrimonial, ce qui ne doit pas nous étonner puisque, à l'origine, deux parties ont conclu un contrat qui ne peut engager qu'elles-mêmes.

Ceci nous amène à considérer la dernière condition que doit présenter la cession pour être soumise au retrait successoral : condition résidant dans le caractère onéreux de la convention liant le cédant et le cessionnaire.

SECTION 3

LE CARACTERE ONEREUX DE LA CESSION

Pour que le retrait successoral puisse être exercé, il faut que la cession soit consentie à titre onéreux. Lorsque la cession a eu lieu à titre gratuit, l'acquéreur, bien qu'il ne puisse venir au partage qu'en qualité de cession-

---

(83) Civ., 1re sect. civ., 26 fév. 1958, Bull. cass. civ., 1958, I, n° 121, p. 93 ; J. C. P., 1958, IV, éd. G. 51. — Civ., 1re sect. civ., 17 juill. 1961, Bull. cass. civ., 1961, I, n° 409, p. 322 ; J. C. P., 1961, IV, éd. G., 135. Civ. 1re sect. civ., 21 oct. 1964, J. C. P., 1965, II, éd. N., 14. 168, note P. Voirin.

naire, ne saurait être écraté (84) : en effet, le retrait successoral suppose d'après l'article 841, le remboursement du prix de la cession.

Cette solution, conforme à celle admise dans l'ancien Droit, s'explique fort bien si l'on se reporte aux motifs qui ont guidé le législateur : ils ont dû supposer qu'un donataire serait plus conciliant, moins processif, qu'un acquéreur à titre onéreux. Cette faveur accordée au donataire peut paraître convaincante, mais il semble présomptueux de l'ériger en principe. En matière de retrait, la jurisprudence actuelle est avant tout préoccupée d'écarter du partage un étranger ne s'y présentant pas comme cohéritier : donataire ou acquéreur à titre onéreux, c'est toujours en somme un étranger qui viendra s'immiscer dans les affaires de la famille

L'opinion la plus généralement exprimée réside dans le fait que la donation est soustraite au retrait successoral parce qu'il n'y a pas possibilité de faire autrement en raison de l'absence d'une valeur de remboursement. A notre avis, ce point de vue n'est pas tout à fait exact. En effet, toute donation, acte solennel en la forme, doit comporter obligatoirement une évaluation des biens qui en sont l'objet, ne serait-ce que pour des raisons fiscales dans le but de permettre à l'administration de l'Enregistrement d'asseoir le droit proportionnel lors de la présentation de l'acte à la formalité. Dès lors, il ne paraît pas impossible de se servir de cette évaluation pour déterminer la valeur que devrait rembourser le retrayant. En effet, si le retrait était admis contre une donation, il ne serait pas question pour le retrayant de retirer le bien donné sans contrepartie à sa charge.

Mais cette opinion est rarement soutenue (85) : à notre avis, la solution doit dépendre de l'attitude favorable ou défavorable que l'on adopte à l'égard du retrait.

Quoiqu'il en soit, il paraît incontestable que dans l'état actuel de notre droit, la donation de droits successifs n'est pas soumise au retrait. Mais il faudrait bien se garder d'étendre cette exception en dehors du cas qui nous occupe. Rien n'est plus simple que l'application de ce principe lorsqu'il s'agit d'une véritable donation, nous voulons dire une donation sincère.

Or la donation peut être simulée, faite avec charges, ou encore présenter le caractère d'un contrat hétérogène où se mêlent donation et vente. De là naissent des difficultés qu'il importe de résoudre.

Bien entendu il ne faut pas qu'une vente soit déguisée sous forme de donation pour éviter l'inconvénient du retrait successoral dont pourrait

---

(84) V. notamment le commentaire de l'arrêt du 15 oct. 1957, préc., par M. R. Savatier, in Rev. trim. dr. civ., 1958, p. 113, n° 2 — et celui de la Cour de Rouen, ibidem, 1959, p. 133, n° 2.

(84) Montpellier, 2 mai 1898, Gaz. Pal. 1898. 2. 133. Lyon, 17 juin 1825, D. jur. gen. v° Successions, n° 1909.

(85) Voir cependant dans ce sens : Henri Mazeaud, « L'action du législateur et des tribunaux sur le patrimoine familial » Cours de droit civil approfondi (D. E. S. droit privé) ; Paris, les Cours de droit (polycopié) 1947-1948, p. 470. Certains auteurs paraissent penser au contraire que si l'on admettait le retrait contre une donation de droits successifs, ce serait sans contrepartie possible et c'est la raison pour laquelle ils en écartent l'éventualité ! Cf. notamment, Cauvy, op. cit., p. 200.

être passible le pseudo-donataire (86). Une telle pratique s'apparenterait aux cas de fraude que nous avons analysés. A l'inverse, dès qu'il y a eu donation, même si elle est réalisée sous la forme d'une vente et comporte un prix apparent, le retrait ne peut être exercé, c'est ce qu'a décidé un arrêt de la Chambre civile du 9 mai 1955 : « Est donc légalement justifiée la décision des juges du fond qui rejettent la demande en retrait formée contre le cessionnaire de droits successoraux après avoir estimé souverainement, sans dénaturer les documents de la cause, que cette cession qui présente les apparences d'un acte à titre onéreux constitue en réalité une donation déguisée » (87).

De même échappe au retrait la donation faite avec charges si, du moins, ces charges sont inférieures à celle des droits cédés : dans le cas contraire l'opération pourrait revêtir le caractère d'une vente (88).

Certains arrêts décident qu'un donataire de droits successifs ne peut jamais être écarté des opérations du partage par le moyen du retrait successoral, même lorsqu'il acquiert des droits successifs à titre onéreux dans la même succession (89). On prétend que cette action n'aurait aucune utilité, puisque, comme donataire, ce cessionnaire pourrait toujours, malgré le retrait exercé, assister et prendre part aux opérations du partage. La même solution est admise lorsque la cession a été consentie partie à titre gratuit, partie à titre onéreux (90).

A notre avis, une telle solution paraît défaitiste à l'encontre des conditions d'application du retrait successoral. Nous n'avons pas relevé de décision récente sur cette question. Etant donné la tendance actuelle de la jurisprudence, il semble qu'en pareille hypothèse elle laisserait à l'appréciation des juges du fond la recherche du véritable caractère de telles cessions : sont-elles faites en fraude de l'article 841, tout naturellement le retrait doit les toucher tout entières. Sont-elles sincères, il conviendrait à notre avis d'appliquer le retrait successoral à tout le moins sur la partie aliénée à titre onéreux, quelle que soit par ailleurs la qualité de donataire du cessionnaire : en effet, cette solution de principe aurait l'avantage de prévenir la fraude si aisée pour les parties qui, du seul fait d'avoir réalisé des cessions mixtes, seraient à l'abri du retrait.

Ces considérations que suggèrent les difficultés que nous venons de relater sont d'ailleurs une raison supplémentaire de penser que l'application du retrait aux donations serait souhaitable dans un but d'unité.

Si les cessions à titre onéreux sont seules soumises au retrait successoral, réciproquement la règle est que toutes les cessions à titre onéreux y sont soumises.

C'est ainsi que le retrait pourrait être exercé contre le sous-cessionnaire à titre onéreux du cessionnaire à titre gratuit ; on ne saurait com-

---

(86) Cass. req., 4 juin 1834, S. 1834. 1. 312.

(87) Civ., 1re sect. civ., 9 mai 1955, D. 1955. Somm. 60 ; J. C. P., 1955, éd. G., IV, 92 ; Bull. cass. civ., 1955, I, n° 189, p. 161.

(88) Req., 4 juin 1834, D. jur. gen., v° Successions, n° 1905 : Montpellier, 2 mai 1898, préc.

(89) Toulouse, 7 mai 1840, S. 1840. 2. 347.

(90) Dans ce cas la loi romaine voyait une fraude et, dans sa constitution « Ab Anastasio » justinien (Loi 23 au Code Mandati), décide que toute cession de ce genre doit être assimilée à une vente pure et simple, considérant que c'était un des moyens les plus employés pour tourner les lois « Per diversas ».

prendre, en effet, que le donataire ait plus de droits que le donateur et l'on ne peut imaginer aucune bonne raison pour expliquer comment une cession qui aurait été sujette au retrait étant consentie par le cohéritier lui-même, ne le serait plus parce qu'elle émanerait d'une personne à qui ce cohéritier aurait cédé ses droits successifs à titre gratuit.

Si, à l'inverse, un cessionnaire à titre onéreux cède ses droits à titre gratuit à un tiers, le retrait succecssoral doit pouvoir être exercé, car le donataire, étant l'ayant cause d'une personne passible du retrait, ne peut avoir plus de droits que son auteur. D'ailleurs ce donataire n'a pas été choisi par l'héritier lui-même. Cette solution peut cependant faire difficulté, eu égard aux principes dégagés : car c'est en effet au moment où le retrait est exercé qu'il importe de se placer pour savoir qui peut être écarté ; or celui qui se présente à ce moment, dans notre hypothèse, est un donataire ! Néanmoins nous adoptons le retrait dans ce cas, parce que cette solution est conforme à l'esprit de la loi (91). En effet, dans cette hypothèse, le donataire n'est pas choisi par le cohéritier naturellement soucieux du fait que sa libéralité ne devienne un sujet de trouble pour ses cohéritiers ; en outre l'impossibilité théorique de rendre le retrayé indemne n'existe pas ici, un prix ayant été stipulé dans le contrat initial.

Le fait que la cession de droits successifs ait été consentie à titre onéreux est suffisant à l'égard du retrait successoral : en effet, peu importe la nature de la cession. Celle-ci se présente dans la majorité des cas sous la forme d'une vente. Au surplus le Code civil traite de cette opération au titre de la vente.

Mais le retrait pourra toucher une cession de droits successifs réalisée par voie d'adjudication publique et aux enchères (92). On a objecté que c'était forcer l'interprétation de l'article 841 que d'assimiler une adjudication à une cession volontaire ; que dans l'hypothèse d'une vente aux enchères l'idée de spéculation n'était pas à redouter et que, d'ailleurs, les cohéritiers, avertis par la publicité donnée à la vente, acceptaient tacitement l'adjudicataire pour copartageant en le laissant se rendre acquéreur. On allègue en outre que c'est écarter toute concurrence sérieuse que de laisser les étrangers qui voudraient enchérir, sous la mencae d'un retrait de la part des autres cohéritiers portant eux-mêmes des enchères.

Toutes ces raisons sont peu convaincantes. Le mot cession employé par l'article 841 s'applique aussi bien aux ventes publiques qu'aux ventes à l'amiable, il est générique ; la preuve en est que tout le monde s'accorde à faire rentrer dans son application les adjudications volontaires aux enchères publiques. Sur le plan pratique du retrait, la différence entre l'adjudication volontaire et l'adjudication forcée ne joue pas.

Le retrait est également possible lorsque les droits successifs ont fait l'objet d'un échange (93) ou lorsque le prix de la cession consiste en une

---

(91) Il en était ainsi également dans notre ancien Droit. Cf. Pothier, op. cit., n° 189.

(92) Dijon, 19 juill. 1843, D. jur. gen, v° Succession, n° 1917 — Paris, 11 mars 1859, Gaz. trib. 14-15 mars 1859.

(93) Bordeaux, 25 mars 1857, D. P. 1857. 2. 116 ; S. 1858. 2. 289. — Chambéry, 27 janv. 1872, D. P. 1872. 2. 239.

rente même si la rente est éteinte (94), ou bien encore dans l'hypothèse où la cession constitue une dation en paiement (95).

Dans ce dernier cas, il est vrai, on objecte l'article 1.701, alinéa 2, du Code civil. Mais les dispositions de cet article ne sauraient être étendues par voie d'analogie du retrait litigieux au retrait successoral. Une pareille extension serait en opposition avec la nature exceptionnelle des dispositions dont il s'agit, ainsi qu'avec le texte et l'esprit de l'article 841 qui, en admettant une seule des exceptions indiquées par l'article 1.701, repousse virtuellement les deux autres. Sans doute la cession a, dans ce cas, un motif légitime ; ce point est indiscutable, mais nulle part il n'est dit qu'un motif légitime de la cession exclut la faculté de retrait. La loi s'en rapporte à cet égard aux cohéritiers du cédant : c'est à eux de voir s'il convient d'écarter le cessionnaire. Ce n'est pas au cessionnaire à leur opposer une fin de non recevoir qui n'est pas écrite dans la loi (96).

Pour conclure ce chapitre, nous pouvons émettre la proposition suivante : est soumise au retrait successoral toute cession de droits successifs, consentie à titre onéreux, ayant pour finalité de conférer au cessionnaire la qualité de copartageant

Mais la cession n'est pas la seule condition d'application du retrait successoral : pour que le retrait puisse être exercé, il faut que le retrayant et le retrayé qui en sont les acteurs réunissent un certain nombre de qualités que nous nous proposons d'étudier maintenant.

---

(94) Chambéry, 12 fév. 1878, D. P. 1879. 2. 201.

(95) Toutes ces opérations posent surtout un problème de remboursement que nous traitons par ailleurs.

(96) En ce sens : Cass. req., 16 juill. 1861, D. P. 1861. 1. 473 — Cass. req., 12 août 1868, D. P. 1871. 5. 342. Contra : Colin et Capitant, t. 3 — n° 1257.

CHAPITRE III

LES PARTIES AU RETRAIT

La possibilité de l'exercice du retrait successoral est ouverte par un fait matériel : la cession de droits successifs, dont nous venons d'étudier les caractéristiques spéciales à cette institution. Cette cession constitue la substance du retrait qui, dès lors, va pouvoir être mis en œuvre et subi par des personnes qu'il faut maintenant déterminer avec exactitude.

La cession doit tout d'abord avoir été consentie par un héritier appelé à prendre part à la succession en vertu d'un titre universel. L'étude de la nature et de l'objet des droits cédés nous a suffissamment éclairés, à cet égard, sur les qualités que devait réunir le cédant au regard du retrait successoral : En effet, pour que le retrait puisse être exercé, il faut que la cession ait eu pour objet un droit à la succession ; mais pour que l'objet de la cession puisse être tel, il faut évidemment qu'elle ait été consentie par un héritier Ces deux questions sont en relation étroite et sont le corollaire l'une de l'autre (1).

Aux termes de l'article 841 du Code civil, est soumise au retrait « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible ». Comment entendre ce mot successible ?

Il désigne toute personne appelée à un titre quelconque à recueillir une quote-part de l'hérédité. Le législateur a voulu écarter les étrangers, il faut donc entendre par non successible la personne qui n'aurait pas eu le droit, indépendamment de la cession, de venir à la succession.

L'article 841 enseigne en outre que le retrait peut être exercé « soit par tous les cohéritiers, soit par un seul ». Le but du retrait conduit obligatoirement à ranger sous cette dénomination tous ceux qui recueillent une partie de l'universalité successorale et qui ont, de ce fait, « proprio jure », le droit d'intervenir au partage. Le mot « cohéritier » est généralement reconnu comme synonyme du mot « successible » dans la première partie de l'article du Code ; opinion que nous ne partageons pas absolument, nous le verrons à propos de certains cas d'espèce.

Donc d'après la loi, le successible est celui qui vient à la succession par suite de sa qualité personnelle, l'étranger celui qui n'y vient qu'en vertu de la cession. Mais la jurisprudence semble aller plus loin en assimilant sous le vocable de « successible » la qualité d'appelé à la succession à titre universel et de copartageant. Il s'ensuit une restriction du nombre

(1) Précisons qu'il est indifférent que le cédant soit un héritier proprement dit ou un successeur universel privé de la saisine.

de ceux qui peuvent se prévaloir du retrait, puisque tout retrayant devra non seulement venir à la succession, mais aussi au partage et il s'ensuit en outre, par contre coup, une extension de ceux qui subiront le retrait. Par ailleurs, des difficultés d'interprétation pourront surgir notamment à l'égard des personnes ayant une vocation à un usufruit portant sur la totalité ou une quote-part de la succession.

Tous les interprètes s'accordent à penser qu'il existe une corrélation intime entre les deux situations sur lesquelles nous devons actuellement faire porter notre analyse : le sujet actif du retrait, ou retrayant, et le sujet passif du retrait, ou retrayé. En effet, peut exercer le retrait celui qui n'y serait pas soumis s'il était lui-même cessionnaire de droits successifs ; y est soumis celui qui n'aurait pas lui-même le droit de l'exercer contre un autre cessionnaire. De ces deux propositions on peut aisément déduire l'alternative suivante :

Ne sont pas soumis au retrait et peuvent l'exercer tous ceux qui ont, indépendamment des cessions qu'ils se sont fait consentir, le droit de se présenter au partage.

En sont passibles et ne peuvent l'exercer ceux qui, pour venir au partage, n'ont d'autre titre que la qualité de cessionnaires à titre onéreux.

C'est ce dyptique, constituant en quelque sorte l'incidence active et l'incidence passive du retrait, qui va servir de cadre à cette étude des personnes aptes à invoquer ou susceptibles de subir le retrait successoral.

Ainsi donc, il faut tout d'abord dégager le principe de l'admission au bénéfice du retrait, et analyser ensuite la situation inverse découlant du principe admis en étudiant principalement les cas qui soulèvent des difficultés particulières. Mais il ne faut pas perdre de vue l'interpénétration de ces deux questions telle que nous l'avons signalée : Lors donc qu'il sera établi qu'une personne bénéficie du retrait, il sera bien entendu qu'il ne pourra être exercé contre elle et vice versa (2). Ce principe résulte de la technique même du retrait telle qu'elle est mise en œuvre par la jurisprudence et entérinée par les auteurs à la suite d'une application logique de l'article 841 : Néanmoins il conviendra de montrer, chaque fois qu'il sera nécessaire, que ce principe n'est pas absolu : car dans certains cas particuliers les positions rigides prises par la jurisprudence conduisent parfois à des solutions qui ne paraissent pas conformes à l'esprit de l'institution.

SECTION I

LES SUJETS ACTIFS DU RETRAIT SUCCESSORAL

C'est sans doute à travers la détermination des personnes aptes à invoquer le retrait successoral et contre lesquelles il ne peut être exercé, qu'il est loisible de mesurer l'évolution subie par le fondement de cette institution depuis l'ancien Droit. Si effectivement le retrait était vraiment destiné à empêcher les étrangers de pénétrer dans les secrets de famille,

(2) Ceux qui ne sont pas admis au bénéfice du retrait étant amenés à en subir les effets. Ainsi notre étude gagnera à ne pas répéter inutilement les espèces.

il serait accordé, à notre avis, à un nombre assez important de personnes qui pourraient très légitimement se prévaloir de l'intérêt qu'elles auraient à défendre l'honneur de la famille. Cette détermination, toute subjective qu'elle pourrait être, n'aurait-elle pas pour conséquence logique d'accorder l'exercice du retrait à un exécuteur testamentaire, par exemple, dont c'est la fonction même, que d'assurer la conservation des intérêts moraux d'une famille ?

La loi n'a certainement pas retenu cette solution, et moins encore la jurisprudence. La catégorie des bénéficiaires du retrait est infiniment plus étroite, eu égard au fondement « moderne » du retrait : assurer la paix des partages.

Nous allons déterminer l'attribution du retrait successoral en étudiant la double qualité de successible et de copartageant que doit réunir le cohéritier retrayant et la transmissibilité possible de cette qualité de retrayant.

I. — LE RETRAYANT · SUCCESSIBLE ET COPARTAGEANT

Nous avons dégagé le principe que les successibles ou cohéritiers dont les cessions de droits successifs peuvent être seules atteintes par le retrait successoral, sont les seules personnes qui puissent d'une part exercer le retrait successoral, d'autre part, acquérir des droits successifs sans y être elles-mêmes soumises.

La qualité première du retrayant est incontestablement sa vocation à appréhender une part de l'hérédité.

Disons tout de suite qu'à cette qualité d'appelé à la succession à titre universel, la jurisprudence exige une seconde qualité qui est déduite de la loi : il faut que le successible soit en même temps copartageant, c'est-à-dire se trouve dans l'indivision avec le cédant auteur de la cession incriminée, et agisse donc en tant que tel. L'arrêt de la Chambre civile du 14 décembre 1908 (3) est significatif à cet égard ; il stipule, en effet, que « la faculté de retrait... appartient seulement aux personnes investies de la qualité de successibles et qui, à ce titre, viennent au partage ».

Tel est le principe que nous devons retenir pour déterminer activement quelles sont les personnes aptes à invoquer le retrait successoral.

Rentrent automatiquement dans cette catégorie, pour les cessions faites par leurs cohéritiers, les successeurs légaux, qu'ils soient légitimes ou naturels. Ce ne sont pas, en effet, les cessions qui peuvent leur avoir été consenties qui leur donnent le droit de venir au partage, c'est leur propre vocation héréditaire, et le retrait ne réussirait point à les écarter.

Cette solution ne fait aucun doute à l'égard de tous les ordres d'héritiers : qu'ils soient descendants, ascendants, collatéraux ou conjoints survivant concourant au partage en vertu des droits en toute propriété qu'il peut tenir de la loi.

Mais on s'est demandé si, dans le cas où par application de l'article 733 du Code civil, une succession se divise entre les deux lignes paternelle

---

(3) Civ. 14 déc. 1908, D. P. 1. 457, note Capitant ; S. 1908. 1. 497, note Lyon-Caen ; Gaz. Pal. 1909. 1. 38. — Cf. également, Civ. 23 juin 1909, D. P. 1910. 1. 286 ; S. 1910. 1. 374.

et maternelle, un héritier d'une ligne avait le droit d'exercer le retrait à l'encontre d'une cession consentie par un héritier de l'autre ligne.

Dans cette hypothèse, si la cession de droits successifs est consentie avant tout partage. tous les cohéritiers. quelle que soit la ligne dont ils dépendent. pourront exercer le retrait. En effet, dans cette conjoncture, il n'y a qu'une seule masse de biens non encore partagée ; tous seront appelés au premier partage, et ils ont donc tous intérêt à écarter de ce partage l'étranger qui pourrait ne pas y apporter l'esprit de conciliation souhaitable (4).

Mais les héritiers appartenant à deux lignes différentes ne peuvent être considérés comme des héritiers au sens de l'article 841 que jusqu'au moment où le partage a été opéré entre les deux lignes. Dès cet instant, s'ils restent bien des successeurs universels, ils ne sont plus dans l'indivision entre eux : la jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens (5). En effet, pour cette jurisprudence, tout se passe comme s'il y avait deux successions distinctes : les héritiers de l'une des lignes pourront exercer le retrait successoral contre le cessionnaire de l'un d'entre eux, même si ce cessionnaire est un héritier de l'autre ligne. Par ailleurs, ils ne pourront l'exercer contre les cessions de droits successifs consenties par un héritier de l'autre ligne.

Pour nous, la solution ainsi donnée de ne pouvoir exercer le retrait contre la cession consentie par un héritier de l'autre ligne appelle de sérieuses réserves. Elle ne prend en considération que l'application de l'article 841 et du principe que nous venons de poser pour la détermination des qualités que doit réunir le retrayant. Mais elle méconnait gravement les principes généraux du droit successoral et notamment l'idée selon laquelle la fente ne porte pas atteinte à l'unité de la succession et n'est qu'un simple mode de répartition des biens.

Il n'est pas certain non plus que cette solution soit conforme à l'esprit de l'article 841. Car pour en décider ainsi il faudrait être sûr que l'intervention d'un héritier d'une ligne au partage des biens de l'autre ligne soit de nature très différente que celle concernant le partage préalablement effectué entre les deux lignes.

La faculté d'exercer le retrait successoral appartient également au légataire universel ou à titre universel (6), à l'institué contractuel universel

---

(4) Tous nos anciens jurisconsultes admettaient l'exercice du retrait dans des hypothèses où la distinction des biens à partager devrait être faite dans un nombre de cas beaucoup plus important.

(5) Cass. req., 2 juillet 1862, D. P. 1862. 1. 431 ; S. 1862. 1. 859 — Rouen, 21 juill. 1807, S. 1808. 2. 49 — Grenoble, 3 juill. 1824, S. 1825. 2. 63 — Paris, 14 fév. 1834, S. 1834. 2. 650 — Riom, 9 mars 1846, D. P. 1846. 2. 121. ; S. 1846. 2. 257 — Pau, 14 fév. 1860, D. P. 1860. 2. 115 ; S. 1861. 2. 113. (objet du pourvoi rejeté par Cass. req. 2. juill, 1862, préc.)

(6) Cass. civ., 2 déc. 1829, S. 1830. 1. 29 — Req., 5 déc. 1833, S. 1834. 1. 133 ; D. P. 1834. 1. 7 — Bastia, 23 mars 1835, D. P. 1835. 2. 58 ; S. 1835. 2. 349 — Chambéry, 11 déc. 1907, D. P. 1912. 2. 367 ; S. 1908. 2. 140. « la faculté d'exercer le retrait successoral appartient à tout successible du défunt, et par suite, aussi bien au légataire à titre universel qu'à l'héritier proprement dit ».

Et pour que le retrait puisse être exercé il n'est pas nécessaire que le légataire ait obtenu la délivrance de son legs : cf. Req., 30 juill. 1824, R. A. D., jur. gen., v° Succession, n° 1876.

ou à titre universel (7), et au conjoint survivant donataire d'une part ou d'une quote-part en toute propriété.

Le principe de l'attribution du retrait successoral est toujours le même : la vocation de ces personnes porte effectivement sur la totalité ou une quote-part de l'universalité de la succession et elles sont tenues des dettes et des charges de l'hérédité dans la proportion de leur émolument. C'est donc ce titre universel qu'il importe de considérer. Ce point a été parfois contesté, surtout au XIX[e] siècle, et cela tenait à la confusion qui se glissait dans l'esprit de certains auteurs sur le véritable fondement du retrait successoral (8). On a également invoqué la place de l'article 841 dans notre Code et on en a tiré la conclusion que cette disposition édictée pour les successions « Ab intestat », ne saurait être étendue aux successions testamentaires. Cette opinion constitue une interprétation très étroite de la loi : n'oublions pas que le partage d'une succession testamentaire se règle de la même manière que celui d'une succession « ab intestat » et par référence aux mêmes articles du Code.

Mais il faut aussi que ces légataires, ou successeurs assimilés, pour pouvoir exercer le retrait, se trouvent dans l'indivision avec les autres héritiers. Nous verrons que certains légataires à titre universel ne remplissent pas ces conditions. Dans cette hypothèse ils n'ont pas l'exercice du retrait qui peut, par voie de conséquence, être exercé contre eux.

A cet égard la situation du légataire de tout le mobilier peut faire difficulté. Aux termes de l'article 1.010 du Code civil le legs de tout le mobilier est un legs à titre universel et le légataire est donc un successible « lato sensu » : il a vocation à une universalité. Cependant, du fait qu'il est légataire de tout le mobilier, seuls les immeubles restent à partager. En conséquence, s'il ne possède que son titre de légataire dans la succession (9), il viendra au partage des immeubles en vertu de la cession de droits successifs qui lui aura été consentie, et non « proprio jure ». N'est-ce pas là une situation que la jurispruednce veut éviter par l'exercice du retrait contre de telles personnes ?

On a soutenu que le retrait successoral pouvait être exercé contre un pareil légataire n'intervenant au partage que grâce à la cession qu'il s'est fait consentir, et que la solution devait être la même, pour les mêmes raisons, en ce qui concerne le légataire en pleine propriété de tous les

---

(7) Caen, 19 mars 1842, S. 1843. 2. 96.

(8) Cf. A. Rodière, note au Journal du Palais, 1862, p. 363, sous Req., 16 juill. 1861 : cet auteur s'appuie sur l'idée que le retrait successoral, n'étant basé que sur les motifs qui avaient fait édicter le retrait lignager, c'est-à-dire sur l'idée de conservation des biens dans les familles, l'exercice n'en doit être accordé qu'aux membres de la famille. Nous avons réfuté, en son temps, dans notre chapitre historique cette opinion qui rattache à tort le retrait successoral au retrait lignager.

(9) Ce legs est très fréquent dans la pratique, surtout au bénéfice du conjoint survivant, dans ce cas il fait suite d'ordinaire à un legs de l'usufruit des immeubles. Dans une espèce semblable la Cour de cassation a jugé au siècle dernier que l'époux survivant, légataire de tout le mobilier et de l'usufruit des immeubles était un successible au sens de l'article 841. Req., 21 avril 1830, S. 1830. 1. 169. En ce sens : Trib. civ. Saint Quentin, 3 juin 1891, Gaz. Pal., 1891. 2. supp. 6.

immeubles ou d'une quotité fixe de tous les immeubles (10). On relève par ailleurs un arrêt isolé dans ce sens (11).

Pour nous, même si cette argumentation paraît reposer sur une analyse relativement logique, il n'en reste pas moins que la solution qui en découle va trop loin dans l'interprétation de l'article 841. Les problèmes soulevés par le droit ne se résolvent pas à la manière d'une équation mathématique qui, en la matière, prendrait rapidement la tournure d'un sophisme. Le légataire du mobilier, comme le légataire des immeubles, sont incontestablement des légataires à titre universel en vertu de l'article 1.010 du Code civil, et peu importe l'opinion personnelle que l'on peut avoir sur l'opportunité de ce texte : l'ambiguïté n'est, dès lors, pas permise. Certes le légataire universel de mobilier n'a pas réellement accès au partage des immeubles ; mais son titre l'appelle en fait aux opérations de liquidation de la succession et, à notre avis, il n'y a pas lieu de distinguer entre la liquidation et le partage d'une hérédité ce qui serait une vue trop théorique des choses. Dans la pratique, au contraire, on sait combien les opérations de liquidation se révèlent parfois plus épineuses que celles du partage tant et si bien que les difficultés surgissent plus facilement à l'occasion des premières que des secondes. A cet égard la faculté du retrait se trouve tout aussi fondée.

C'est ainsi qu'il faut considérer le légataire ou le donataire de tous les meubles ou de tous les immeubles comme un successible au sens de l'article 841 (12). D'ailleurs nous savons que la jurisprudence actuelle soumet à l'exercice du retrait successoral la cession par l'héritier de ses droits sur l'universalité mobilière ou immobilière de la succession. Bien qu'il n'y ait pas d'arrêts récents sur cette question précise, il ne fait aucun doute que, dans l'état actuel de ses décisions, la Cour suprême soumettrait au retrait, par identité de motifs, la cession de ses droits consentie par un légataire de tous les meubles ou de tous les immeubles : une telle cession ne constituant pas une cession à titre particulier. Ainsi, toujours en vertu des principes que nous avons dégagés, ce légataire ne pourra être soumis au retrait s'il acquiert des droits successifs, et doit avoir la faculté de l'exercer contre les cessions de ses co-successibles.

Bien entendu, le retrait n'est accordé qu'aux successibles qui ont accepté la succession, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire (13). Mais l'importance des droits recueillis par le successible dans la succession n'a aucune incidence sur l'exercice du retrait. Il importe peu, en effet, que l'émolument de l'héritier soit absorbé par les dispositions particulières que le défunt a pu faire : car ces dispositions n'enlèvent en rien au successible sa qualité d'héritier et ne l'empêchent pas de venir à

---

(10) Cf. Cauvy, op. cit., p. 162 et suiv.

(11) Besançon, 6 fév. 1872, D. 1872. 2. 140.

(12) Dans ce sens : Trib. civ. Saint Lô, 30 janvier 1885, Gaz. Pal. 1885. 1. supp. 78 — Trib. civ. Saint Quentin, 3 juin 1891, préc.

(13) Bordeaux, 16 mars 1832, S. 1833. 2. 473 ; D. P. 1832. 2. 163 — Notons en outre que l'exercice de l'action en retrait ne constitue pas l'héritier bénéficiaire comme héritier pur et simple : Limoges, 13 juill. 1844, S. 1845. 2 507. Mais s'il a abandonné les biens aux créanciers de la succession il ne peut plus exercer le retrait : Grenoble, 4 juin, 1836, S. 1837. 2. 109 ; D. P. 1837. 2. 121.

la succession même s'il ne reçoit rien (14). C'est, en effet, en sa présence que s'effectue le partage et son droit à l'hérédité est certain. C'est lui qui recueillerait les legs caducs, s'il y en avait ; c'est lui qui continue la personne du défunt. De ce fait il est incontestable, par exemple, que le retrait peut être exercé à plus forte raison par un héritier réservataire réduit à sa réserve (15).

Il reste un dernier point à étudier dans la détermination des sujets actifs du retrait : nous venons de voir que pour être retrayant il faut avoir la double qualité de successible et de copartageant. Il est une situation particulière qui peut faire difficulté : c'est celle du successible copartageant qui, après avoir cédé tous ses droits, les a rachetés ou achète ceux de l'un de ses cohéritiers (16). Cette vente ne lui a pas fait perdre la qualité d'héritier : bien au contraire, elle l'a confirmée. Il n'a pas non plus perdu la qualité de copartageant puisqu'il possède des droits dans l'indivision. En fait, il ne va plus pouvoir venir au partage « proprio jure », mais en vertu de l'acte de cession. Que décider à son sujet à propos du retrait ? Certains ont pu voir dans ce personnage un spéculateur qui ne considère la succession que sous son angle pécuniaire : ce n'est d'ailleurs pas impossible. Mais l'article 841, dans son principe comme dans son but, ignore cet aspect des choses tout au moins vis-à-vis du retrayant. Nous verrons en outre que l'intention du retrayant n'est pas prise en considération par la jurisprudence.

A l'égard de cet héritier cessionnaire, nous aimerions admettre une exception au principe que nous avons posé : celui qui est retrayant ne peut être retrayé et vice-versa. En ce sens qu'il nous semblerait logique que ce successible n'ait pas l'exercice du retrait, mais que, par contre, le retrait ne puisse être exercé contre lui. En effet, ayant dans un premier temps cédé tous ses droits, il serait anormal de voir cet héritier se poser en censeur des cessions de ses cohéritiers. A l'inverse, ce serait faire peu de cas de sa qualité de membre de la communauté d'héritier, qualité qu'il n'a jamais perdue, que d'admettre le retrait contre lui (il a toujours conservé l'obligation de contribuer personnellement aux dettes héréditaires).

Nous n'avons pas relevé d'espèces décidant que cet héritier avait ou n'avait pas l'exercice du retrait (17). Par contre, la jurisprudence décide que le retrait ne peut être exercé contre lui (18).

---

(14) Req., 16 juill. 1861, D. P. 1861. 1. 473 ; S. 1861. 1. 817 — Civ., 1re sect. civ., 14 déc. 1955, Bull. cass. civ., 1955, I, n° 448, p. 358 ; J. C. P., 1956, IV, éd. G. 11.

(15) Civ., 1re sect. civ., 1er juin 1954, D. 1955, Somm. 8 ; Bull. cass. civ., 1954, I, n° 178, p. 152.

(16) En dehors de tout rachat de droits successifs, il est évident que cet héritier ne peut exercer le retrait contre son propre cessionnaire, à l'égard duquel il est tenu, comme vendeur, de l'obligation de garantie, sinon il méconnaîtrait l'engagement qu'il a pris.

(17) Bien entendu il existe des arrêts qui dénient toute faculté de retrait à l'héritier qui a cédé son droit à la succession (sans s'être rendu cessionnaire à nouveau). La solution, dans ce cas est simple : s'il a cédé tout son droit, bien que conservant son titre d'héritier — titre incessible —, il perd sa qualité de copartageant. Bastia, 23 mars 1835, D. P. 1835. 2. 58 ; S. 1835. 2. 349 — Toulouse, 22 fév. 1840, S. 1840. 2. 318.

(18) Orléans, 29 fév. 1832, S. 1836. 2. 534 ; D. P. 1837. 2. 32 — Amiens, 11 janv. 1839, S. 1839. 2. 384 ; D. P. 1839. 2. 283 — Dijon, 11 janv. 1847, S. 1848. 2. 313.

Ainsi vient d'être déterminé le principe général qui admet le successible à l'exercice du retrait. Avant de passer à l'étude des personnes auxquelles on ne reconnait pas cette faculté, c'est-à-dire celles, au contraire, qui la subissent, nous allons voir comment peut se transmettre la qualité de retrayant.

II. — LA TRANSMISSIBILITE DE LA FACULTE D'EXERCER LE RETRAIT

Le droit de retraire est une protection accordée au successible copartageant, exclusivement attachée à sa personne. Ce droit au retrait est inséparable de celui qu'a le successible de concourir au partage : il n'existe pas par lui-même. Il ne s'agit pas d'un droit susceptible d'une évaluation pécuniaire et il ne peut être considéré comme un bien. C'est une faculté légale dont la famille peut user ou ne pas user ; mais tant que le retrait n'a pas été exercé, on ne peut pas dire qu'il y a dans le patrimoine de l'héritier un bien qu'il peut vendre ou donner. Ce caractère personnel dicte toutes les solutions à admettre sur la transmissibilité de la faculté d'exercer le retrait successoral

Le retrait n'a pas été institué en vue de fournir aux héritiers un moyen de spéculation ; il est par là même évident qu'il ne peut être cédé (19), car cette cession aurait pour effet de substituer un cessionnaire non successible à un autre cessionnaire non successible. L'exigence de la qualité de successible en la personne du retrayant est extrêmement importante, car elle entrave la possibilité de transmettre le droit de retrait et limite donc le nombre de ceux qui peuvent exercer cette prérogative. C'est pourquoi il ne peut pas être question de transmission entre vifs : la qualité de successible ne se transfère pas par contrat ; l'acquéreur de la totalité des droits d'un successible dans une hérédité ne reçoit que l'émolument ; il ne devient pas lui-même successible et donc ne peut prétendre exercer le retrait.

De même l'exercice du retrait n'est pas accordé aux créanciers de l'héritier (20).

Cette solution nous paraît certaine. En vain serait-on tenté de décider en faveur de l'affirmative en invoquant l'article 1.166 du Code civil qui donne aux créanciers, d'une façon générale, l'exercice des actions qui appartiennent à leur débiteur et n'en excepte que les droits exclusivement attachés à la personne. C'est bien justement cette exception qui dicte la solution retenue. Le seul point qui pourrait faire difficulté est le suivant : les droits exclusivement attachés à la personne sont des droits essentiellements moraux, c'est-à-dire ceux dont il ne résulte en principe aucun avantage pécuniaire pour leurs bénéficiaires. En fait, le retrait successoral peut procurer à celui qui l'exerce un avantage matériel considérable, surtout

---

(19) Mais ce principe ne fait pas obstacle à ce qu'un héritier, se réservant pour lui-même l'exercice du retrait, cède les avantages éventuels qui peuvent en résulter : Montpellier, 29 avril 1857, D. P. 1857. 2. 214.

(20) Montpellier, 16 juill. 1853, D. P. 1854. 5. 662 ; S. 1854. 2. 304. Contra : Baudry Lacantinerie et Wahl, Successions, t. 3, n° 2631, qui prétendant que dans ce cas les créanciers n'exercent pas le retrait pour leur compte, mais pour celui de leur débiteur !

dans la période de dévaluation monétaire que nous vivons. Mais nous savons qu'il s'agit là de conséquences purement indirectes, accidentelles pourrions-nous dire, qui sont tout à fait indépendantes de l'esprit de l'institution. L'incidence du profit ne doit jamais rentrer en considération dans le mécanisme du retrait successoral : il faut l'ignorer en quelque sorte. Le retrait ne peut être exercé qu'en fonction du but pour lequel il a été créé. Il n'appartient qu'aux personnes dont les qualités viennent d'être déterminées qui, seules sont à même de juger la situation nouvelle instaurée au sein de la famille par la présence d'un cessionnaire étranger au partage. Il s'agit bien d'un intérêt purement moral qui, malgré les possibilités de profit se rattachant occasionnellement à sa mise en œuvre, doit être seul retenu et dont l'exercice ne peut, en aucun cas, être laissé aux créanciers de l'héritier (21) ; du reste les intérêts des créanciers sont suffisamment protégés par la faculté de surveillance et par la possibilité de déjouer l'éventualité d'une fraude que leur accorde l'article 882 du Code civil.

La position du cessionnaire à titre gratuit vis-à-vis du retrait peut faire difficulté : ce cessionnaire est exempt du retrait. Faut-il, conformément à la règle de corrélation dégagée, décider que ce donataire pourra également exercer le retrait contre le cessionnaire à titre onéreux de l'un des cohéritiers ? On a prétendu que ce serait se conformer à l'esprit de la loi que de lui accorder le droit de retraire : comme tout cohéritier il a intérêt à prévenir les difficultés que susciterait l'intervention d'un étranger au partage, de même qu'il est de l'intérêt de tous de resteindre autant que possible le nombre des copartageants (22).

Certes, il est admis, pour des raisons sur lesquelles nous nous sommes expliqués, que le donataire ne peut être écarté du partage : il est un copartageant à part entière. Mais en aucun cas il ne peut être considéré comme un successible. En effet, il est impossible de comprendre dans les expressions de cohéritier ou de successible, employées par l'article 841, un ayant cause à titre particulier du cédant, qui ne doit lui-même la faveur de n'être pas écarté de la communauté d'héritier, qu'à une interprétation basée sur l'impossibilité technique d'accomplir les conditions de la loi (23).

Mais le caractère exclusivement personnel du retrait successoral ainsi mis en relief comporte en réalité des limites. En effet, le droit au retrait ne s'éteint pas avec le successible à qui il appartenait. Il sera transmis avec le patrimoine de ce dernier à ses propres héritiers. Ceux-ci ont d'ailleurs le même intérêt que leur auteur à défendre l'intimité familiale. Tant qu'elle n'est pas exercée, la faculté légale accordée par l'article 841 appartient à tous les successibles d'une manière indéterminée et non pas à tel ou tel individu (24). Souvent d'ailleurs les héritiers du successible sont des

(21) A cet égard l'article 841 présente une analogie par exemple avec l'article 957 concernant la demande en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude qui passe dans certains cas aux héritiers et dont tout le monde s'accorde pour en refuser l'exercice aux créanciers.

(22) En ce sens, Demolombe, Droit civil, t. 16, n° 61.

(23) En ce sens, : Aubry et Rau, Droit civil, t. 10, § 621 ter, texte et note 32 — Baudry, Lacantinerie et Wahl, Successions 3, n° 2627. Cass. rej., 2 déc. 1829, D. P. 1830. 1. 16 ; S. 1830. 1. 29.

(24) Nous verrons plus loin que le successible qui exerce le retrait se l'approprie par le fait même, de telle manière qu'il n'est pas tenu d'en communiquer le bénéfice à ses cohéritiers.

membres de la même famille. En fait, le retrait doit être accordé à tous les successibles du successible : c'est-à-dire à toutes les personnes qui seront à la fois successibles et copartageants dans la succession du successible décédé. Il s'agit en cette matière de faciliter le partage et tout héritier qui recueille une portion de droits successifs non liquidés recueille en même temps le droit d'exercer le retrait jusqu'au partage qui déterminera la quotité de cette portion.

Donc, à notre avis, les légataires universels et à titre universel du successible ont l'exercice du retrait que possédait leur auteur : il est certain, en effet, que leur situation est celle qu'aurait eue le successible s'il avait vécu. Mais, bien entendu, s'il avait perdu lui-même cette qualité de successible, il ne pourra la transmettre (25). Or cette solution a été longtemps contestée : certains arrêts (26) alléguaient le fait que les légataires du successible ne se rattachent pas nécessairement à la famille du défunt. C'est oublier que leur titre leur donne droit de venir au partage ; ils ont donc le même intérêt que les cohéritiers à exercer le retrait. D'ailleurs ils continuent la personne du défunt et l'on doit les admettre à exercer toute action qui appartenait à ce dernier. A l'inverse, le retrait ne pourra être exercé contre les légataires universels ou à titre universel du cédant. Il n'en serait autrement que si, par exemple, la cession ayant été consentie à des époux communs en biens, le cédant meurt instituant la femme cessionnaire comme légataire (27). Dans ce cas, en effet, la communauté est devenue propriétaire des droits successifs à une époque où la femme n'avait pas la qualité de successible, et même si le retrait est opéré par les héritiers après le décès du cédant, les droits cédés étant irrémédiablement tombés en communauté, il pourra être effectivement exercé.

La transmissibilité du droit au retrait à cause de mort est d'ailleurs admise par la grande majorité de la doctrine malgré l'opinion souvent soutenue que le retrait successoral est essentiellement personnel et qu'il ne saurait se transmettre et être exercé par des personnes ne réunissant pas les conditions requises pour succéder au de cujus. Et il n'y a pas non plus de différence à faire entre les héritiers légitimes et les héritiers naturels. Néanmoins, une certaine confusion peut se glisser dans l'appréciation des cas d'espèce, surtout lorsque la situation se complique d'un problème de représentation.

Un arrêt de la Cour de Riom est significatif à cet égard (28) ; l'espèce était la suivante : dans une famille de cinq enfants légitimes du de cujus, quatre avaient cédé à un même acquéreur leurs droits à l'hérédité. Après cette cession, la cinquième héritière meurt en ne laissant pour héritiers que des enfants naturels. Ces derniers peuvent-ils exercer le retrait

---

(25) Dans ce sens : Req., 5 juin 1905, D. P. 1906. 1. 167 ; S. 1907. 1. 225 et la note Wahl ; Gaz. Pal. 1906. 1. 55.

(26) Bourges, 27 mai 1812 et Toulouse, 20 août 1819, D. jur. gen. v° Succession, n° 1874 — Chambéry, 19 avril 1894, D. P. 1896. 2. 324 ; S. 1896. 2. 307.

(27) Civ., 1re sect. civ., 1er juin 1954, D. 1956, Somm. 8 — Bull. cass. civ., 1954, I, N° 178, p. 152.

(28) Riom, 20 oct. 1955. D. 1955. 767 ; journ. Not. 1957, art. 45277, p. 313, note A. R. ; J. C. P., 1956, éd. N., II, 9. 180 — V. Comm. R. Savatier, in Rev. trim. dr. civ., 1956, p. 165, n° 6.

successoral à l'encontre des cessionnaires des cohéritiers de leur mère naturelle. La Cour de Riom se prononce pour la négative. Pour elle, les enfants naturels étaient étrangers à la succession de leur grand-mère naturelle dans laquelle ils n'avaient aucune vocation personnelle : ils n'avaient donc pas la faculté de retraire. Ainsi donc un enfant naturel ne peut venir à la succession de la mère ou du père de son auteur, car il n'est pas un successible de cette mère ou de ce père. En exerçant le retrait il ne pouvait agir de son chef, mais par représentation de sa mère naturelle, nous dit la Cour : or dans la descendance illégitime on ne représente pas.

Il convient au préalable de s'entendre sur le mot représentation. Lorsque la majorité des auteurs émet cette opinion que les successeurs universels des héritiers peuvent exercer le retrait de leur chef, il s'agit bien quand même d'une sorte de représentation, expression de langage juridique qui veut dire d'une manière générale que l'on exerce les droits de son auteur.

Bien plus étroite est la notion de « représentation successorale », telle qu'elle est édictée par les articles 739 et suivants du Code civil : c'est « représenter un mort, non pas dans les droits acquis dans sa vie, mais dans les droits successoraux qu'il aurait eus s'il avait vécu » (29). En ce sens les enfants naturels ne représentent pas. Telle est bien l'erreur commise par la Cour de Riom qui a refusé aux enfants naturels l'exercice d'un droit qui existait dans le patrimoine de leur mère puisque cette dernière avait survécu au de cujus.

Donc, les motifs invoqués par la Cour d'appel étaient spécieux. Mais la solution pouvait encore faire doute, car les enfants naturels ne sont pas les successibles de leurs grands-parents naturels. Une telle position ne manquerait pas de rigueur surtout lorsqu'il est loisible de constater que ce point de vue s'atténue de plus en plus dans nos habitudes sociales comme dans notre droit positif (30). En tout état de cause, il est aujourd'hui acquis que les droits successoraux de l'enfant légitime et de l'enfant naturel ne diffèrent que par leur quotité : ils sont de même nature.

Toutes ces raisons semblent avoir facilement emporté la décision de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 19 avril 1961 (31), a cassé l'arrêt de Riom en ces termes : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la dame Marguerite Brugère (mère des enfants naturels) est décédée plusieurs années après la dame Brugère-Vachez (de cujus) et que les demandeurs ne pouvaient agir qu'à titre d'héritiers de leur mère, qui leur a transmis les droits de succession entrés dans son patrimoine avant son décès, l'arrêt attaqué a violé par fausse application le texte sus-visé... ».

Pour nous cette solution ne fait aucun doute. Certes le retrait successoral a été créé pour écarter les étrangers du partage familial et l'admission à son bénéfice de l'enfant naturel de l'héritier, comme de tous les successeurs de cet héritier sans lien personnel avec la famille du défunt

---

(29) R. Savatier, comm. rev. trim. dr. civ., préc — et note signée A R, journ. Not 1957, préc.

(30) Cf. Merle, les rapports entre grands-parents et petits enfants dans la famille naturelle, D. 1949, chron. 133.

(31) Civ., 1re sect. civ., 19 avril 1961, D 1961. 663 ; J. C. P. 1961, éd. G. IV, 83 ; Bull. cass. civ., 1961, I, n° 217, p. 171 — Comm. R. Savatier, in rev. trim. dr. civ., 1962, p. 142, n° 2.

(légataire universel, successeurs dans l'autre ligne, etc....), peut profiter justement à un étranger. Mais ce fait s'explique en réalité par l'imbrication de deux masses partageables. Appelé à la succession de son auteur, l'héritier de l'héritier est par là même introduit dans la succession de celui auquel son auteur avait succédé. Appelé, au partage, pour ainsi dire en sous-ordre, il y est cependant nécessairement partie. Et, en qualité de copartagaent, il peut éliminer par le retrait successoral les étrangers au partage.

Il est très important de souligner, à l'égard de toutes ces questions, que la qualité de successible s'apprécie au moment de l'action en retrait (32).

Notons enfin que cette question de la transmissibilité du retrait à cause de mort peut poser un cas curieux : Lorsqu'un héritier succède à son cohéritier, peut-il, du chef de ce dernier, exercer le retrait contre son propre cessionnaire. Il paraît, a priori, bien anormal, sinon amoral, de lui accorder cette action ! Certains ont voulu justifier le retrait dans cette hypothèse en alléguant le fait que le cédant ne peut renoncer à l'avance à l'exercice du droit de retrait qu'il peut trouver un jour dans la succession de l'un de ses cohéritiers (33). C'est méconnaître à notre avis le fait que le retrait n'est pas d'ordre public, puisque, aussi bien, on peut y renoncer soit expressément, soit tacitement.

En réalité, le retrait, dans ce cas, peut se justifier juridiquement car le cessionnaire est soumis à une cause légale d'éviction ; de ce fait l'exercice du retrait ne peut donner naissance à une action en garantie qui ne pesait pas à l'origine contre le cédant : lors de la cession, il ne garantissait pas son cessionnaire contre un retrait dont ce dernier connaissait l'éventualité (34). Car, bien entendu, dans l'hypothèse envisagée, le cédant puise son droit de retraire dans la succession de son cohéritier ; ayant cédé, il n'a plus de titre pour retraire de son propre chef.

A fortiori le retrait est accordé aux cohéritiers du cédant, succédant à ce dernier, contre son cessionnaire même lorsqu'ils ont accepté sa succession : là aussi on ne saurait repousser l'action en retrait par l'exception de garantie (35) puisqu'ils l'exercent de leur chef.

Nous venons de déterminer activement quelles sont les personnes qui ont l'exercice du retrait et qui, par voie de conséquence, ne peuvent le subir. Toutes personnes ayant une vocation universelle à la succession et se trouvant dans l'indivision les unes avec les autres peuvent exercer le retrait successoral, ce qui peut être résumé dans cette formule : le retrayant doit être à la fois co-successible et copartageant du cédant et agir en cette qualité. Ce retrait doit être exercé par définition contre des personnes qui ne réunissent pas ces qualités : ce qui pose la question de

---

(32) Caen, 28 mai 1867, D. P. 1868. 2. 190 ; S. 1868. 2. 271 — Limoges, 23 avr. 1909, préc.

(33) Dans ce sens : Chambéry, 12 févr. 1878, D. P. 1879. 2. 201 ; S. 1879. 2. 332.

(34) En ce sens : Baudry Lacantinerie et Wahl, Succession, 3, n° 2626 : « on ne peut opposer la maxime « quem de evictione tenet actio eumdem agentem rappelleit exceptio ».

(35) Cass., 15 mai 1844, D. P. 1844. 1. 273 ; S. 1844. 1. 605 — Lyon, 8 mai 1896, Gaz. Pal., 1896. 2. 117.

savoir qui peut être retrayé. A cet égard nous allons examiner les situations qui soulèvent certaines difficultés.

SECTION 2

LES SUJETS PASSIFS DU RETRAIT SUCCESSORAL

Le retrayé se définit suivant l'article 841 du Code civil comme étant une « personne, même parente du défunt, qui n'est pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession ». Nous savons maintenant ce qu'il faut entendre par successible et nous savons également que le but du retrait conduit à éliminer du partage toute personne qui s'y présenterait, non « proprio jure », mais en vertu de la cession d'hérédité qu'elle se serait fait consentir par un héritier. C'est en quelque sorte le motif juridique de son intervention au partage qui détermine sa qualité d'étranger.

La détermination des personnes susceptibles de subir le retrait successoral ne suscite aucune explication lorsque ces personnes n'interviennent à aucun titre dans la succession sur laquelle portent les droits qui leur sont cédés : leur vocation, pour ainsi dire, à être retrayées, est évidente.

La situation est également sans ambiguïté à l'égard des légataires ou des donataires à titre particulier du de cujus : ils n'ont pas la qualité de successible, ils ne succèdent pas à titre universel au défunt et ne sont pas tenus de supporter une part des dettes au prorata de l'émolument qu'ils reçoivent. Ils ne peuvent que demander la délivrance d'un bien déterminé et, n'étant pas dans l'indivision avec les autres héritiers, ils n'ont pas le droit de concourir aux opérations de liquidation et de partage. S'ils acquièrent des droits successifs, ils seront donc soumis au retrait successoral sans discussion possible, de même qu'ils ne pourront jamais l'exercer (35), tant il est vrai que la cession qu'ils pourraient faire de leur droit, ayant par définition un objet particulier, ne peut donner lieu à l'exercice du retrait successoral.

En réalité des difficultés d'interprétation surgissent parfois lorsque le cessionnaire possédait déjà, antérieurement à la cession, un droit d'une certaine nature dans l'hérédité. Ce sont ces situations que nous nous proposons d'étudier maintenant car elles méritent des explications. Ces situations peuvent être groupées et se présenter sous deux aspects : le cas des successibles ne venant à partage, et le cas des personnes venant à partage sans être successibles.

I. — SUCCESSIBLES NE VENANT PAS A PARTAGE

Au regard du retrait successoral doivent être assimilés à des étrangers à la succession les héritiers renonçants ou indignes (36) : ils sont déchus

(35) Cass. civ., 2 déc. 1829, S. 1830. 1. 29 — Chambéry, 12 fév. 1878, D. P. 1879. 2. 201 ; S. 1879. 2. 333 — Agen, 12 janv. 1892, sous cass. civ., 12 déc. 1894, D. P. 1895. 1. 286 ; S. 1895. 1. 257.

(36) Cass. civ., 2 déc. 1829, S. 1830. 1. 29 — Bourges, 29 janv. 1827, S. 1829. 2. 78 — La situation est la même que celle de l'exhérédé. Cf. Trib. de Clermont-Ferrand, 26 juill. 1867, D. P. 1868. 3. 95 ; S. 1868. 2. 192.

par leur fait de la faculté d'exercer le retrait successoral et peuvent être écartés du partage s'ils acquièrent la part de l'un des cohéritiers. A peine est-il besoin de dire que leur seule qualité de parent est insuffisante.

Le renonçant, par exemple, a abdiqué sa qualité de successible. Il en serait autrement si cet héritier n'avait renoncé que pour s'en tenir à un don ou un legs universel ou à titre universel que lui aurait fait le de cujus : dans ce cas il est doublement successible, et s'il ne peut plus venir au partage en qualité d'héritier légitime, il conserve ce droit en qualité de légataire ou de donataire (37).

Nous avons vu que l'héritier qui a cédé tous ses droits successifs a, de ce fait, perdu la qualité de copartageant et, partant, le droit d'exercer le retrait. Mais comme cet héritier conserve d'une manière indélébile sa qualité d'héritier, nous ne saurions admettre que le retrait puisse être exercé contre lui dans l'hypothèse où il rachèterait des droits successifs (c'est, nous l'avons noté, une exception que nous aimerions voir admettre au principe que nous avons dégagé suivant lequel tous ceux qui n'ont pas l'exercice du retrait sont soumis à ses effets, et vice-versa). De même, l'héritier qui a traité avec un de ses cohéritiers sur une instance en partage de succession et reçu de ce cohéritier, à titre de partage, un abandonnement en biens héréditaires, moyennant quoi il s'est reconnu suffisamment apportionné et désintéressé, n'a pas perdu par ce règlement la qualité de successible : s'il devient cessionnaire d'un autre cohéritier, le retrait successoral ne peut être exercé contre lui (38).

Tous les cas analysés plus haut appellent des solutions ne souffrant aucune difficulté particulière puisqu'il s'agit de personnes qui, en fait, ne viennent pas à la succession, bien qu'ayant initialement une vocation héréditaire. Mais lors de l'ouverture de la succession, l'universalité juridique que constitue le patrimoine héréditaire peut, du fait de la loi ou de la volonté du défunt, se décomposer en plusieurs indivisions qui pourront se liquider séparément : ainsi tous les héritiers ne seront plus dans l'indivision les uns avec les autres.

Tel est le cas de l'ascendant donateur venant à la succession pour exercer son droit de retour : il n'est pas dans l'indivision avec les héritiers qui recueillent la succession ordinaire. Ainsi il n'a pas contre eux d'action en partage, mais l'action en revendication ; il n'est à leur égard ni créancier, ni débiteur du rapport. La majorité des auteurs décide qu'il n'est pas un cohéritier au point de vue du retrait successoral, qu'il est un étranger par rapport à la succession ordinaire (39). Donc s'il acquiert des droits successifs il pourra être écarté par le retrait, bien qu'il soit un héritier « lato sensu », membre de la famille dont il est même le chef.

Une telle solution se trouve dans la logique des idées actuellement

---

(37) Cass., 14 mars 1810, S. 1810. 1. 230. — Amiens, 11 janv. 1839, D. P. 1839. 2. 283 ; S. 1830. 2. 384. En renonçant l'héritier évite ainsi le rapport.

(38) En ce sens : Agen, 26 août 1862, D. P. 1862. 2. 210.

(39) En ce sens : Baudry Lancantinerie et Wahl, Succession 3, n° 2. 602 — Colin et Capitant, t 3, n° 987 et 1530 — Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t 4, n° 555. Cf. Paris, 27 déc. 1927, D. P. 1928. 2. 207 ; S. 1928. 2. 41, note Lagarde ; Gaz. Pal. 1928. 1. 340. et comm. R. Savatier, Rev. trim. dr. civ., 1928, p. 186, n° 3. Cet arrêt confirmant jgt. Trib. de la Seine, 6 déc. 1924, Cf. Rev. trim. dr. civ. 1925, p. 917.

admises par la jurisprudence en matière de retrait successoral : puisqu'elle reconnaît à cette institution le but principal de permettre aux héritiers d'écarter du partage ceux qui, sans la cession, n'auraient aucun titre pour y concourir (40).

Pour nous, si nous trouvons logique que le successeur anomal n'ait pas l'exercice du retrait contre les cessionnaires de ses cohéritiers avec lesquels ils n'est pas dans l'indivision, nous estimons que c'est aller trop loin que d'admettre que cet ascendant, héritier à tout le moins, subisse le retrait lorsqu'il se rend cessionnaire de droits héréditaires. Sa qualité de membre et de chef de famille doit, en principe, le laver de tout soupçon. Dans ce cas également nous serions pour une solution qui n'accorderait pas le retrait à l'ascendant donateur mais ne lui en ferait pas subir les effets.

C'est la situation des légataires en usufruit d'une quote-part ou de l'universalité des biens héréditaires qui, à nos yeux, pose le problème le plus délicat.

Cette question a donné lieu à des controverses doctrinales et l'on ne peut que constater le caractère divergent des solutions apportées par la jurisprudence. Quoiqu'il en soit la doctrine et la jurisprudence actuelles s'accordent d'une manière très générale pour reconnaître que le légataire d'usufruit n'est pas un successible au sens de l'article 841 : en conséquence, il est passible du retrait et ne peut l'exercer.

Nous disons qu'il s'agit là d'une généralité quant au résultat, car si nous suivons le cheminement de la pensée des auteurs et des juges, il est aisé de constater la divergence des raisons leur faisant admettre ce principe, encore que ces raisons ne soient pas toujours formulées d'une façon approfondie, surtout dans les arrêts.

A la base de ce problème se pose la question purement théorique de la qualification du legs d'usufruit. Un tel legs constitue-t-il un legs particulier, ou bien, au contraire, le légataire en usufruit peut-il être qualifié de successeur universel ?

Notons brièvement que la qualification du legs en usufruit a donné naissance à deux théories :

Selon la première, le legs en usufruit alors même qu'il porte sur tout le patrimoine, n'est jamais qu'un legs à titre particulier (41). Les avocats de cette théorie s'appuient sur le fait que le legs en usufruit n'est pas compris dans l'énumération limitative de l'article 1.010 du Code civil.

Selon la seconde, les legs en usufruit doivent être classés selon les mêmes principes que les legs en pleine propriété. La répartition des legs en trois classes doit être faite d'après l'étendue du legs, c'est-à-dire d'après la quantité de choses sur lesquelles il porte, et non d'après la nature du droit conféré au légataire. Cette conception s'appuie sur l'article

---

(40) A plus forte raison la solution ainsi donnée doit être admise à l'encontre de l'adoptant (de ses descendants et de son conjoint) et des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel possédant un droit de retour légal.

(41) Cf. Aubry et Rau, t. 11., § 714 — Pascaud, rev. crit. 1881, p. 134 — Wahl, note au S. 1907. 2. 12. — H. Capitant, note D. P. 1908. 1. 345 — H. Jaubert « Nature et effets du legs d'usufruit portant sur l'universalité des biens », thèse Bordeaux, 1911, p. 61.

610 du Code civil qui oppse « le légataire universel de l'usufruit » au légataire à titre universel » (42).

Quoiqu'il en soit, nous pouvons immédiatement dire que cette difficulté n'est pas encore tranchée en principe. Le serait-elle, nous ne croyons pas qu'elle donnerait une solution certaine au problème que nous posons

En effet, il est facile de remarquer que certaines cours d'appel qui considèrent les dispositions en usufruit comme des legs particuliers, ne soumettent pas leur bénéficiaire au retrait contrairement à toute logique (43). A l'inverse, la Cour de cassation qui qualifie, au contraire, ces dispositions de legs à titre universel (44) devrait en conséquence protéger le légataire contre le retrait : or elle l'y soumet en se fondant sur le motif que l'article 841 « a pour but, non seulement d'empêcher un étranger de s'immiscer dans les affaires de famille, mais aussi de permettre d'écarter comme copartageants ceux qui, sans la cession, n'auraient aucun titre pour concourir au partage. Et l'usufruit, même universel, n'établit aucune indivision entre l'usufruitier et les héritiers nus-propriétaires. L'usufruitier reste étranger au partage à faire entre les héritiers, et, conséquemment, ne peut-être considéré comme successible... » (45). L'arrêt dont les termes viennent d'être rapportés cassait un arrêt de la Cour d'Orléans lequel, admettant que le légataire d'un usufruit portant sur l'universalité d'une succession était un légataire à titre universel, avait jugé que le retrait ne pouvait être exercé contre le conjoint du défunt donataire en usufruit : « attendu que le légataire d'un usufruit portant sur l'universalité des biens d'une succession contribue au paiement des dettes et qu'il résulte d'un arrêt rendu par la Chambre civile, le 19 juin 1895, qu'il est un légataire à titre universel... » (46).

---

(42) Cf. Labbé, note S. 1863. 1. 113 — Planiol et Ripert, t. 5 Trasbot, n° 618 — Ripert et Boulanger, t. 3, n° 2.121. Cf. également : Répertoire Drt. civ. Dal., v° legs, par M. Y. Loussouarn, n° 124 et s.

(43) Besançon, 6 fév. 1872, D. P. 1872. 2. 140. Rennes, 15 janv. 1880, D. 1881. 2. 114 ; S. 1881. 2. 185 — Néanmoins il est des arrêts de Cours d'appel qui décident que le légataire d'usufruit est un légataire à titre particulier et, partant le soumettent au retrait : Dijon, 17 fév. 1854, D. P. 1854. 5. 66 ; S. 1854. 2. 424 — Orléans, 7 juill. 1906, D. P. 1908. 2. 345 (cf. infra).

(44) Cette opinion de la Cour de cassation a toujours été émise d'une façon suivie : le legs en usufruit qu'il porte en totalité ou seulement sur une qualité des biens héréditaires, constitue un legs à titre universel : Cf. cass. civ., 5 mai 1856, D. P. 1856. 1. 218 — Cass. req., 8 déc. 1862, D. P. 1863. 1. 73 ; S. 1863. 1. 34 — Cass. req., 31 janv. 1893, D. P. 1893. 1. 359 ; S. 1893. 1. 438 — Cass. civ., 19 juin 1895, D. P. 1895. 1. 470 ; S. 1895. 1. 336. Req. 29 juin 1910, D. P. 1911. 1. 49 note Capitant ; S. 1913. 1. 33, note Hugueney. Req., 227 déc. 1934, S. 1935. 1. 256.

(45) Civ., 23 juin 1909, D. P. 1910. 1. 286 ; S. 1910. 374 ; Gaz. Pal. 1909. 2. 108 — Dans le même sens : Cass., 17 juill. 1843, S. 1843. 1. 697 — Cass., 24 nov. 1847, S. 1848. 1. 21 —

(46) Orléans, 7 juill. 1906, D. 1908. 2. 345, note H. Capitant ; S. 1907. 2. 121, note Wahl ; Gaz. Pal. 1906. 2. 284 — —et Comm. A. Wahl, Rev. trim. dr. civ., 1906. p. 933 et 935. Dans le sens même : Cass. rej., 21 avril 1830, D. P., 1830. 1. 214 — Angers, 13 avril 1820, S 1821. 2. 306 — Paris, 2 août 1821, S. 1822. 2. 29 — Nîmes, 30 mars 1830, S. 1830. 2. 185 — Bastia, 23 mars 1835, D. P. 2. 58 ; S. 1835. 2. 349.

La Cour de Poitiers, devant laquelle a été renvoyée la cause, a adopté purement et simplement les motifs de la Cour suprême (47).

Que penser de cette jurisprudence ? Remarquons tout d'abord, comme nous l'avons noté en exergue, que la question préalable de qualification du legs n'a pas convaincu les juges puisqu'aussi bien, quelle que soit l'attitude qu'ils adoptent à cet égard, ils sont loin d'en tirer les conséquences qui s'imposeraient en toute logique. Ce manque de rigorisme juridique serait-il pour nous une raison suffisante pour condamner cette jurisprudence (48) ? Nous ne croyons pas devoir porter notre appréciation critique sur ce terrain ; encore est-il que, selon nous, il eût été préférable d'éviter toutes ces incohérences.

C'est qu'en effet ce problème de qualification des legs d'usufruit se complique dans ses rapports avec la théorie du retrait, beaucoup plus qu'il ne peut l'éclairer. Les raisons de soumettre ou de ne pas soumettre le légataire universel (ou à titre universel) d'usufruit au retrait dépendent effectivement de l'institution elle-même. Comme on l'a très bien noté : « au-delà de la question purement théorique de la qualification du legs, des considérations plus larges dominent le problème et l'on voit s'opposer, d'une part, l'importance de la situation prise dans la dévolution héréditaire par le légataire universel d'usufruit, d'autre part, la précarité de son droit viager et le fait qu'une acquisition en pleine propriété portant sur la part d'un autre le fait désormais figurer dans l'indivision avec un rôle et des prérogatives différentes de ceux qu'il avait originairement » (49).

La solution adoptée par la Cour de cassation se justifie-t-elle au point de vue du retrait successoral ?

Le motif tiré par la Cour suprême de ce que le légataire de l'usufruit ou d'une quote-part de l'usufruit n'est pas dans l'indivision avec les héritiers n'est pas rigoureusement exact. En effet, le légataire en usufruit d'une quote-part de l'universalité ou même de l'universalité, s'il existe des héritiers réservataires, est dans l'indivision quant à la jouissance avec le réservataire, plein-propriétaire d'une fraction du patrimoine et nu-propriétaire du surplus.

En vain objecterait-on qu'il s'agit de deux indivisions différentes qui peuvent donner lieu à deux partages distincts : un partage de jouissance et un partage de pleine propriété. Une telle distinction n'est viable qu'en théorie, la vie des affaires méconnait totalement ce genre de pratique. L'imbrication des deux masses est telle, que seul un partage unique de l'ensemble pourra, en fait et pratiquement, liquider les droits de chacun (50)

Cette argumentation, toute fondée qu'elle soit, ne nous paraît pas

---

(47) Poitiers, 11 mai 1910, sur renvoi, D. 1910. 2. 272 — Dans le même sens, Nancy, 18 avril 1923, Gaz. Pal., 1923. 1. 748.

(48) C'est la position adoptée par Wahl dans sa note au Sirey, 1907. 2. 121, préc.

(49) Planiol et Ripert, t. IV, par Maury et Vialleton, n° 555.

(50) Voir à ce sujet l'opinion de M. Vialleton, « le droit au partage des usufruitiers et nus propriétaires par indivis », Rev. trim. dr. civ., 1925, p. 277. Arrêts dans le même sens, Cf. notamment : Civ., 1re sect. civ., 21 juin 1954, Bull. cass. civ. 1954, I, p. 173, n° 205 ; Gaz. Pal., 1954. 2. 221. — Civ., 1re sect. civ., 26 nov. 1956, Gaz. Pal. 1957. 1. 127.

Contra : Delmas Saint Hilaire, Rev. jur. et écon. Sud-Ouest. Sér. jur., Bor-

suffisante non plus pour condamner la solution de la Cour de cassation : ce serait, en effet, faire dépendre toute la question du retrait successoral de la présence ou de la non présence d'un réservataire. Et comment surtout donner à un légataire de quotité un droit que n'aurait pas un légataire d'universalité en présence de non réservataires (lequel ne serait jamais dans l'indivision quant à la jouissance) !

Il semble bien que c'est à propos de la possibilité de l'exercice du retrait successoral contre un légataire en usufruit que la Cour de Cassation a dégagé le principe de la nécessité pour être un successible au sens de l'article 841 de se trouver dans l'indivision avec les autres héritiers. Ainsi, à la première condition d'être un successeur universel, la Cour suprême ajoute cette seconde condition d'être dans l'indivision avec les autres héritiers, et partant d'avoir le droit de participer au partage.

Cette double condition se justifie techniquement : nous voulons dire sur le plan des opérations du partage. Mais répond-elle toujours au fondement moral du retrait : écarter un étranger à la famille ?

En réalité le légataire en usufruit, s'il ne vient pas au partage, vient à la liquidation pour savoir dans quelle proportion il doit contribuer aux dettes. Son droit de regard dans les opérations de liquidation, antérieur à la cession qui pose à son égard la question du retrait, nécessiterait, à notre avis, qu'une solution particulière lui soit appliquée : sa qualité de successible nous semble suffisamment certaine pour le préserver du retrait. Par contre, il ne possède pas la qualité de cohéritier, c'est-à-dire de copartageant, pour pouvoir exercer le retrait. De ce fait, nous pensons qu'il serait logique de lui refuser l'exercice du retrait et néanmoins conforme à l'esprit de la loi de préserver du retrait la cession qu'un héritier aurait pu consentir à ce légataire.

La situation du conjoint survivant succédant en usufruit, en vertu de l'article 767, alinéa 3, du Code civil, est en tous points semblable à celle que nous venons d'analyser concernant le légataire d'usufruit (lequel est d'ailleurs, dans la majorité des cas, un conjoint survivant bénéficiant d'une quotité plus large que celle conférée par la loi (51).

Comme pour le légataire d'usufruit, la jurisprudence doit logiquement décider que le conjoint survivant, usufruitier légal, n'a pas l'exercice du retrait et qu'il doit y être soumis lorsqu'il acquiert des droits successifs (52). Certains auteurs sont dans ce sens (53). Mais beaucoup soulignent l'exagération de cette position au motif que le conjoint survivant

---

deaux, 1958, n° 15 p. 46, qui soutient la position de la Cour de cassation justement sur le plan de la nécessité d'opérer deux partages distincts.

(51) Avant la loi du 9 mars 1891, le conjoint survivant venait nécessairement seul à la succession lorsqu'il était appelé par la loi : la question du retrait successoral ne pouvait se poser puisqu'il n'y avait pas pluralité d'héritiers ? De même que, s'il n'était pas appelé à succéder soit par la loi, soit par la volonté du défunt, l'acquisition qu'il pouvait faire de droits successifs était passible du retrait comme celle d'un étranger : Cf. Besançon, 6 fév. 1872, D. P. 1872. 2. 140 — Rennes, 15 janv. 1880, D. P. 1881. 2. 114 ; S. 1881. 2. 185.

(52) Dans ce sens : Trib. civ. de la Seine : 18 fév. 1896, Gaz. Pal. 1896. 1. 395. — Trib. civ. d'Aurillac, 21 mai 1909 ; D. 1910. 5. 7 ; Gaz. Pal., 1909. 278. Nous n'avons pas relevé d'autres arrêts concernant le conjoint survivant succédant en usufruit en vertu de l'art. 767. Tous les arrêts concernent surtout le conjoint légataire. Cette question ne semble pas avoir été jugée à l'état pur.

ne peut être considéré comme un étranger à la succession « alors que, de plus en plus, notre droit tend à en faire un héritier » (54).

Mais il paraît étrange que ces mêmes auteurs, qui sont pour l'exemption du retrait pour le conjoint survivant succédant en usufruit en vertu de la loi, veulent l'y soumettre s'il se présente comme légataire. Cela constitue une distinction purement formelle (héritier - légataire) qui méconnaît la réalité : le conjoint légataire se présente à la succession avec des droits plus forts que le conjoint successeur ab intestat. L'usufruit de l'article 767 se confond, en général, avec le bénéfice de son legs (souvent il bénéficie de la quotité disponible entre époux). Dès lors ne paraît-il pas arbitraire de faire une différence ? Cette raison de distinguer ne nous convainct pas. Le conjoint survivant est avant tout un membre de la famille : que ce soit la loi ou la volonté du défunt qui l'appelle à succéder, il nous paraît tout aussi anormal qu'il soit écarté par le retrait successoral.

Pour toutes ces raisons nous aimerions voir appliquer la même solution que celle que nous préconisons pour le légataire d'usufruit.

Il est un autre successeur ab intestat en usufruit vis-à-vis duquel la question du retrait pourrait se poser : c'est l'ascendant réservataire en usufruit, privé de la nue-propriété de sa réserve au profit du conjoint survivant (art. 1.094, alinéa 1, du Code civil — loi du 3 décembre 1930) Lui refuser l'exercice du retrait et le soumettre à ses effets dans le cas où il acquiert des droits successifs, serait donner une interprétation bien étrange de l'article 841.

Techniquement, cet héritier n'est pas non plus dans l'indivision avec ses cohéritiers pleins propriétaires : il ne peut donc venir au partage des biens de la succession qu'en vertu de la cession, Mais, psychologiquement, quel héritier, reservataire de surcroît, est-il plus qualifié dans l'appréciation de l'intérêt général de la famille, que l'ascendant dont la hiérarchie et l'expérience le mettent justement à la tête de la famille. Cet exemple illustre par ailleurs d'une façon singulière les limites que nous aimerions voir apporter à l'application du principe édicté par la jurisprudence en vertu duquel seuls les héritiers venant à la succession et au partage sont exempts du retrait et seuls ils peuvent l'exercer.

Ce principe, bon dans son application technique, résultat d'une interprétation logique de l'article 841, s'il est appliqué d'une façon trop rigoureuse, se retourne contre l'institution elle-même et son esprit premier, et la dénature.

Nous n'hésitons pas à exempter du retrait successoral l'ascendant réservataire en usufruit et, au contraire, à lui en accorder l'exercice (55).

Nous venons de voir les difficultés qui surgissent chaque fois qu'il

---

Il en est de même de l'usufruitier légal des enfants mineurs de l'un des successibles : Trib. civ. Espalion : 22 janv. 1886, Gaz. Pal. 1886. 1. 366.

(53) Cf. Cauvy, op. cit., p. 176 et s.

(54) Aubry et Rau par Esmein, 6e éd., § 621 ter, texte et note 13. 3.

Dans le même sens, Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. 4, n° 555 : « on peut l' (le conjoint survivant) exempter d'avoir à subir le retrait. On obtient ainsi une solution plus homogène puisqu'ellle traite de même tous les successibles ab intestat, sans distinguer si leur vocation est en pleine propriété ou en usufruit et qui réunit les suffrages de la plupart des interprètes ».

(55) Dans le même sens : Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. 4, n° 555.

est question d'exercer le retrait contre des personnes ayant la qualité de successible. mais ne venant pas au partage. A l'inverse, le problème se pose pour les personnes qui viennent au partage sans avoir la qualité de successible.

II. — PERSONNES VENANT AU PARTAGE SANS ETRE SUCCESSIBLES

C'est principalement la situation du conjoint de l'époux héritier qui vient au partage sans avoir la qualité de successible. Les acquisitions de ce conjoint sont-elles passibles du retrait ?

Lorsque le mari, commun en biens d'une femme appelée elle-même à la succession, acquiert les droits successifs de cette dernière ou ceux de l'un des cohéritiers de cette héritière dans la même succession, il ne fait aucun doute que le retrait successoral peut être exercé contre lui et qu'il ne peut lui-même l'exercer puisqu'il est complètement étranger à la succession (56). Il s'est trouvé une décision isolée pour s'attacher à l'idée que le retrait successoral n'est pas recevable contre le mari qui, écarté aujourd'hui du partage comme cessionnaire de droits successifs, y reparaîtra demain comme représentant les intérêts de sa femme ou ceux de la communauté (57). Mais la question est vidée actuellement : jurisprudence et doctrine s'accordent à reconnaître que la qualité de copartageant nécessaire à l'exercice du retrait successoral ne pourrait s'identifier au droit de regard ou de représentation qui appartient au mari dans les successions échues en propre à sa femme ou même tombant en communauté. Tous les auteurs comparent le droit du mari à celui d'un créancier opposant ou du mandataire successible. Dans cette hypothèse, le retrait peut être exercé par la femme elle-même dans le cas où elle n'est pas la cédante de son mari. Elle en aurait même l'exercice si des droits successifs avaient été cédées conjointement à elle et à son mari (58).

Un arrêt de la Chambre civile (59) a jugé que les héritiers sont fondés à exercer le retrait successoral à l'encontre d'époux mariés sous le régime de la communauté légale de biens, cessionnaires des biens et droits composant la quotité disponible de la succession, alors que la femme se présente elle-même, à l'époque du retrait, comme légataire du cédant. Cet arrêt est ainsi motivé : « les droits cédés conjointement aux époux font partie intégrante de la communauté, et l'on ne saurait prétendre qu'il serait porté atteinte au principe qui interdit d'évincer le cessionnaire lorsqu'il est légataire du cédant ». Cette solution se justifie en effet par

---

(56) Cass. req. 25 juill. 1844, S. 1844. 1. 614. — Pau, 10 juin 1830, S. 1831. 2. 52. — Bordeaux, 28 juin 1844. D. P. 1845. 2. 123 ; S. 1845. 2. 407 — Riom, 9 mars 1846, D. P. 1846. 2. 121 ; S. 1846. 2. 257. — Toulouse, 31 déc. 1852, D. P. 1854. 2. 226 ; S. 1853. 2. 23. — Bordeaux, 25 mars 1857, D. P. 1857. 2. 116 ; S. 1858. 2. 289. — Pau, 8 déc. 1862, S. 1863. 2. 87. — Chambéry, 24 juillet, 1868, S. 1868. 2. 347 — Agen, 27 janv. 1880 ; D. P. 1880. 2. 187 ; S. 1881. 2. 29. — Trib. civ. Périgueux, 11 déc. 1884, Gaz. Pal., 1885. 1, supp. 78.

(57) Grenoble, 7 avril 1840, S. 1842. 2. 5.

(58) Chambéry, 24 juillet 1868, préc.

(59) Civ. civ., 1er juin 1954, D. 1955, Somm. 8., Bull. civ., 1954, I, n° 178, p. 152.

le fait que la communauté est devenue propriétaire des droits successifs à une époque où la femme n'avait pas la qualité de successible (puisqu'en l'espèce elle est légataire du cédant). Donc, si le retrait est opéré même après le décès du cédant, les droits successifs étant irrémédiablement tombés en communauté, le retrait pourra être exercé.

Dans le cas où le mari acquiert des droits dans la succession où sa femme est appelée, ne pourrait-il pas se trouver que la femme oppose à la demande en retrait successoral de ses cohéritiers, le droit qu'elle détient elle-même en vertu de l'article 1408, alinéa 2, du Code civil et que l'on nomme retrait d'indivision ? Dans cette hypothèse, ne peut-on pas admettre qu'étant dans l'indivision avec les autres héritiers de la succession dans laquelle son mari a acquis des droits successifs cette faculté de retrait d'indivision va pouvoir s'appliquer ?

C'est la question du conflit possible du retrait successoral et du retrait d'indivision, question très curieuse qui mérite un examen attentif. Nous allons voir tout d'abord les solutions données par la jurisprudence dans les deux espèces qui, seules, ont été soumises à son appréciation. Nous essayerons enfin de dégager la méthode qui nous paraît la plus rationnelle pour résoudre ce conflit.

Par un arrêt dont la solution est aujourd'hui abandonnée par la doctrine et la jurisprudence, la Cour de cassation (60) avait décidé formellement que le retrait d'indivision ne peut être exercé par la femme qu'à la dissolution de la communauté. Ainsi il ne peut donc pas y avoir concours entre l'exercice de ce droit par la femme et le retrait successoral réclamé au cours de la communauté par ses cohéritiers au sujet de droits indivis dont le mari est devenu acquéreur ; la préférence dans cette hypothèse devant être donnée au retrait succcessoral.

Deux décisions beaucoup plus récentes ont été rendues en la matière, rompant avec l'ancienne jurisprudence, et donnant une solution plus souple et plus rationnelle qui a emporté l'adhésion de la doctrine contemporaine : mais ces deux décisions, identiques dans leurs résultats, ont des fondements différents.

D'après un jugement rendu par le Tribunal civil d'Espalion le 5 décembre 1923 (61), le retrait d'indivision peut être exercé par la femme commune, même au cours de la communauté ; il rétroagit, quant à ses effets, au jour même de l'acquisition faite par le mari et anéantit les actes d'aliénation ou de constitution de droits réels qui auraient pu être consentis par ce dernier à des tiers. A plus forte raison, la femme peut par ce moyen, en faisant sienne l'acquisition, paralyser l'effet du retrait successoral exercé par ses cohéritiers à l'encontre de son mari. Dans cette hypothèse, le retrait successoral est inopérant. Notons que dans son jugement le tribunal d'Espalion admet le retrait d'indivision sans distinguer selon l'objet des acquisitions « que l'acquisition porte sur un immeuble déterminé ou sur un ensemble de droits successifs mobiliers ou immobi-

---

(60) Cass. req. 25 juillet 1844, S. 1844. 1. 614.

(61) Trib. civ. d'Espalion, 5 déc. 1923, S. 1924. 2. 105 et la note Vialleton ; Gaz. Pal. 1924. 1. 335 ; J. des Not. 1924, art. 33. 944.

Cf. obs. sur ce jgt. E. Gaudemet, in. rev. trim. drt. civ. 1924, p. 673, n° 6.

liers ». Le conflit des retraits peut donc avoir lieu même hors du cas où l'acquisition porterait sur une part indivise d'un seul immeuble.

Par un arrêt du 20 janvier 1926, la Cour de Montpellier (62) décide que l'article 1.408, aliéna 2, a pour objet de conférer à la femme propriétaire par indivis, l'option de prendre ou de refuser l'acquisition faite par son mari, sans mettre obstacle à ce que le bien garde à son égard le caractère propre jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation ; le mari qui a acquis tout ou partie de l'immeuble dont la femme était propriétaire par indivis est réputé avoir agi pour faire cesser l'indivision, et avoir stipulé dans l'intérêt de sa femme en vertu d'un mandat tacite de cette dernière. Dans ces conditions celle-ci reste successible, et ne peut donc pas être écartée du partage par le retrait successoral.

En réalité, nous sommes convaincus, quant à nous, qu'il importe tout d'abord de distinguer deux situations voisines qui n'engendrent pas les mêmes conséquences : puisque dans la première situation le conflit n'existe pas et que dans la seconde où il existe réellement il convient d'appliquer des solutions différentes suivant les cas. Autrement dit, en ce domaine, il faut éviter toute confusion.

Lorsque le mari acquiert les biens indivis dont sa femme est copropriétaire pour le compte de cette dernière ou dans des conditions où il est présumé avoir agi pour son compte (présomption qui résulte du silence du contrat sur la finalité juridique de l'acquisition), c'est la femme qui devient propriétaire de l'acquisition. Nul besoin d'ailleurs dans cette hypothèse de parler de retrait d'indivision : l'article 1.408 laisse le choix à la femme qui n'a pas été consultée, d'accepter l'acquisition ou de la rejeter sur la communauté, c'est-à-dire de la répudier en quelque sorte, répudation qui ne constitue pas techniquement un retrait. Dès lors il ne peut y avoir conflit avec le retrait successoral ; existerait-il que la question serait tranchée d'emblée. En effet, dans ce cas, l'acquisition n'étant pas faite sur la tête du mari ou au profit de la communauté, l'incidence du retrait successoral ne peut être envisagée par les cohéritiers de la femme dont la qualité de successible l'immunise totalement.

Tout autre est la situation qui résulte du fait que l'acquisition est effectuée pour le compte de la communauté : l'acte d'achat peut, en effet, nier que le mari ait acquis les biens indivis pour sa femme. Dans ce cas les biens acquis doivent alors tomber en communauté tant que l'épouse n'a pas fait jouer la faculté que lui confère l'article 1.408 de reprendre les biens pour elle ; faculté qui, cette fois, s'analyse bien en un véritable retrait.

Nul doute alors que dans cette hypothèse naisse un conflit entre le retrait d'indivision et le retrait successoral.

Et, dans ce cas, il est impossible de donner dans l'absolu une priorité à l'un des retraits sur l'autre, puisque le droit à l'un ou l'autre naît, au même moment, du même fait juridique résidant dans l'acquisition des parts indivises par le mari.

La priorité doit dépendre des conditions de fait suivant lesquelles l'un ou l'autre retrait sera exercé :

---

(62) Montpellier, 20 janv. 1926, sur appel du jugement ci-dessus, D. heb. 1926, p. 187. cf. note Nast, Rev. crit., tome 48, 1928, p. 133, nº 4.

En effet, si les cohéritiers de la femme prennent les devants et exercent le retrait successoral contre le mari étranger à la succession et à l'indivision héréditaire (63), la femme ne pourra plus se prévaloir du bénéfice de l'article 1.408, alinéa 2, puisque du fait de l'effet rétroactif du retrait successoral, les conditions d'application du retrait d'indivision seront censées n'avoir jamais pris naissance.

Par contre, si l'on admet avec la doctrine que la femme peut exercer le retrait d'indivision même au cours de la communauté, et si elle met en œuvre, la première, le retrait d'indivision, ses cohéritiers ne pourront plus, par la suite, exercer le retrait successoral puisque la femme sera devenue rétroactivement propriétaire des parts acquises par son mari : le retrait successoral ne pouvant être exercé entre cohéritiers, ces derniers seront déchus de ce droit.

On peut encore imaginer, dans cette hypothèse, que le retrait d'indivision et le retrait successoral soient exercés au même moment : il faudrait alors donner la préférence au retrait d'indivision pour une raison bien simple. En effet, le retrait d'indivision a l'avantage de donner satisfaction à la femme conformément à l'article 1.408 et d'écarter de la succession un étranger, le mari acquéreur de la part indivise : le but de l'article 841 se trouve donc également réalisé. Notons que, dans ce cas, il peut y avoir bien souvent collusion des époux pour faire échec au retrait successoral ce qui n'entache pas, malgré tout, la supériorité technique de cette façon de régler le conflit.

Il faut remarquer enfin que si l'acquisition porte uniquement sur des droits mobiliers, le retrait successoral paraît seul susceptible d'être exercé, le retrait d'indivision ne pouvant avoir lieu.

L'analyse de la situation dans laquelle se trouvent le retrayant et le retrayé, pour exercer ou subir le retrait, nous a fait mesurer tout l'intérêt qu'il y a à rechercher une méthode qui permette d'une part une sélection automatique des personnes admises au bénéfice du retrait, sélection résidant dans leur double qualité de cohéritier et de copartageant ; et, d'autre part, une sélection plus souple des personnes qui doivent en subir les effets en prenant en considération la qualité de successible même non copartageant. La technique juridique n'y perd pas, et l'esprit comme la lettre de la loi est respectée.

---

(63) Nous avons vu plus haut, qu'un tel exercice était possible.

CHAPITRE IV

L'EXERCICE DU RETRAIT SUCCESSORAL

Toutes les questions étudiées jusqu'à présent sont, en quelque sorte, les conditions d'ouverture du retrait successoral : conditions essentiellement déterminées par la nature et le fondement de l'institution. Ces conditions réunies, le retrait va pouvoir être mis en œuvre. A ce stade nous entrons dans l'étude de la technique même du retrait à travers laquelle nous allons examiner les questions relatives à la recevabilité de l'action, au remboursement que doit effectuer le retrayant et au mode d'exercice lui-même du retrait successoral.

SECTION I

RECEVABILITE DE L'ACTION EN RETRAIT

L'exercice de l'action en retrait requiert-il une capacité spéciale chez le retrayant ? Bien que possible sur le plan des principes, le retrait n'est-il pas soumis à des causes d'extinction ? Ainsi se pose la question de la recevabilité de l'action.

I. — CAPACITE D'EXERCER LE RETRAIT : INTENTION

La capacité requise pour exercer le retrait successoral n'est pas déterminée par la loi. Une importante partie de la doctrine est d'avis que les règles relatives à la capacité requise pour intenter une action en partage (articles 867 et 818 du Code civil) sont applicables au retrait successoral (1). Dans une autre opinion on admet que la capacité nécessaire pour exercer le retrait est celle requise pour acheter des droits successifs (2) : les auteurs partisans de cette opinion argumentent sur le fait que le retrait n'est pas autre chose qu'un achat de droits successifs (3). Nous verrons, en essayant d'analyser la nature juridique de cette institution, que le retrait, bien que supposant une vente préexistante, ne peut lui-même être considéré comme une vente.

(1) Cf. notamment : Aubry et Rau, X, 621 ter, p. 136, texte et note 41. Demolombe, Cours de Code Napoléon, VII, 678.
(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Successions 3, nº 2634.
(3) Wahl, note au Sirey 1893. 1. 17.

A notre avis, la place de l'article 841 au chapitre VI du Code civil, section première, intitulée « de l'action en partage et de sa forme », semble commander d'exiger pour le retrait successoral la même capacité que celle requise pour l'action en partage, le retrait se présentant d'ordinaire sous forme d'incident au partage.

Ainsi il sera logique que le retrait ne puisse être exercé par le représentant du successible incapable, sans avoir reçu les pouvoirs spéciaux à cet effet : par exemple le tuteur d'un mineur devra spécialement être autorisé par le conseil de famille (4). Suivant les mêmes principes, le curateur à une succession vacante n'a pas qualité pour exercer le retrait successoral (5) et à l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient aux parents envoyés en possession.

Notons enfin que la loi n'exige pas du retrayant, dans l'exercice du retrait, une intention entièrement désintéressée. Un arrêt de la Chambre civile du 4 janvier 1956 (6) est très net à cet égard : « attendu, d'autre part, qu'en constatant l'existence, en l'espèce, des conditions prévues par l'article 841 du Code civil, et en énonçant qu'en pareil cas le retrait doit être prononcé, quand bien même son exercice aurait eu pour mobile un esprit de spéculation « lequel n'est en soi ni immoral, ni illicite », la juridiction d'appel a justement exprimé qu'exiger des retrayants des intentions entièrement désintéresées serait ajouter à la loi une condition qu'elle n'a pas édictée ».

Le retrait successoral n'a pas été édicté pour procurer au retrayant un bénéfice matériel. Or, actuellement, la dévaluation monétaire a fait subir d'importantes variations aux prix des biens de telle sorte que le retrayant a, très souvent, un avantage pécuniaire à exercer le retrait successoral contre une cession remontant à plusieurs années. Son intérêt matériel rejoint alors l'intérêt moral qu'il peut avoir à écarter un étranger du partage ; dans son for intérieur même, cet intérêt pécuniaire peut dominer. Le retrait étant techniquement possible, il paraît bien délicat de demander au juge de se livrer à une analyse des consciences pour connaître la pureté des intentions du retrayant. Aussi la Cour de cassation a-t-elle rendu un arrêt très sage en refusant que les juges aient à se pencher sur des problèmes aussi délicats. La loi permet à l'héritier d'écarter le cessionnaire étranger, elle ne lui interdit pas de faire par la même occasion un bénéfice bien que cette dernière notion soit contraire à l'institution du retrait.

A l'inverse l'intention de l'acquéreur de droits successifs de ne pas s'immiscer dans les opérations du partage n'est pas suffisante pour éviter l'application de l'article 841 du Code civil, alors que les conditions d'ouverture de l'action sont remplies : c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans une espèce ou l'acquéreur s'opposait à l'application du retrait au motif que, locataire de l'immeuble, il cherchait seulement par son

---

(4) Par analogie avec l'article 817 du Code civil. La majorité des auteurs est dans ce sens. Contra : Grenoble, 16 août 1858, S. 1859. 2. 289.

(5) Trib. de Tulle, 3 août 1842, D. Rep. v° Succession ; n° 1889.
Contra : Montpellier, 8 juin 1848, D. 1848. 2. 135.

(6) Civ., civ., 4 janvier 1956, Bull. civ., 1956, I, n° 8, p. 6. Journ. Not., 1956, art. 45. 128, P. 703, note A. Raison. Et J. C. P. ; éd. G., 1956, IV, 24.
Rejet du pourvoi contre Trib. civ. Sétif du 27 juill. 1952.

acquisition à mettre obstacle à la révision du loyer et non à s'immiscer dans le partage (7).

II. — L'EXTINCTION DE L'ACTION

Pour que le retrait successoral puisse être exercé, il faut encore que l'action ne soit pas touchée par une cause d'extinction. L'action en retrait peut, en effet, être éteinte du chef du retrayant soit parce qu'il y aurait renoncé, soit parce qu'il aurait laissé passer les délais.

1° Renonciation

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que la faculté d'exercer le retrait successoral n'intéresse pas l'ordre public : ainsi, chacun des cohéritiers du cédant peut, en ce qui le concerne, renoncer à se prévaloir de la faculté d'exercer le retrait. La jurisprudence est fixée depuis longtemps en ce sens (8).

Conformément au droit commun la renonciation des cohéritiers peut être expresse ou tacite, mais c'est bien évidemment à propos de la renonciation tacite que se posent les difficultés d'appréciation : depuis une vingtaine d'années les juges semblent admettre de plus en plus facilement l'existence d'une renonciation du demandeur à l'exercice du retrait.

La renonciation tacite s'induit de tout acte qui implique manifestement de la part du cohéritier l'intention de ne pas se prévaloir du retrait et à cet égard il appartient aux juges du fait d'apprécier les actes, les circonstances de la cause et l'intention des parties (9). La question essentielle est de savoir si les héritiers ont entendu accepter le cessionnaire comme copartageant et non s'ils ont reconnu l'existence de la cession et des droits qu'elle confère. Cette intention se manifeste par des « actes positifs » et non par le simple fait de laisser s'écouler un certain temps avant d'agir, fut-ce un très long délai : c'est ce qu'a jugé la Cour d'appel de Paris, confirmée par la Cour de cassation (10).

---

(7) Cass. civ. I, 4 fév. 1964, Bull. civ., 1964, II, n° 68, p. 48., Cf. également, cass. civ. 1re, 21 ostobre 1964, J. C. P., 65, II, éd. N., 14.168, note P. Voirin : dans cette espèce le cessionnaire arguait le fait qu'il avait un intérêt personnel évident à l'acquisition, car il exploitait dans l'immeuble héréditaire, un Fonds de commerce lui appartenant.

(8) Civ., 15 mai 1833, D. P. 1833. 1. 212, S. 1833. 1. 369. civ., 26 janv. 1887 ; D. P. 1887. 1. 275, S. 1890. 1. 293. Cass. req., 20 juillet 1893, D. 1893. 1. 592, S. 1894. 1. 23 Orléans, 18 mai 1839, D. 1839. 2. 260, S. 1839. 2. 386. Agen, 8 avril 1845, D. 1845. 2. 123, S. 1846. 2. 189. Limoges, 14 mars 1848, D. 1850. 5. 410, S. 1848. 2. 454. Grenoble, 16 août 1858, S. 1859. 2. 289 — Pau, 14 fév. 1860 D. 1860. 2. 115, S. 1861. 2. 113 — voir in fine, en appendice, un modèle de formule de renonciation expresse à l'exercice du retrait successoral (Formule II).

(9) Cass. civ., 26 janvier 1887, précité. Cass. req. 20 juillet 1893, précité : Civ. 1re civ., 15 juin 1955, D. 1955. 684. Gaz. Pal. 1955. 2. 261 : « la renonciation à l'exercice du retrait successoral peut résulter d'actes de circonstances et d'intentions, dont la constation appartient exclusivement aux juges du fait ».

Civ. 1re civ., 23 novembre 1955, Bull. civ., 1955, I, n° 408, p. 329, J. C. P., 1955, éd. G., IV, 182 : « La renonciation à l'exercice du retrait successoral ne peut résulter que d'actes incompatibles avec cet exercice ».

(10) Civ., 1re civ., 30 mai 1960, Bull. civ., 1960, I, n° 297, p. 243, con-

En vain l'acquéreur de droits indivis soutenait dans cette espèce qu'en restant dans l'indivision avec lui pendant sept ans, les héritiers avaient implicitement renoncé au retrait successoral. La Cour de Paris lui répond qu'une renonciation de cette sorte ne se présume pas du simple fait du temps écoulé. En vain également l'acquéreur soutenait-il qu'il avait, du moins, participé à un partage du mobilier : la Cour de Paris lui répond qu'il suffit, pour lui, d'être resté dans l'indivision quant à l'ensemble des immeubles.

Ainsi le fait que le cessionnaire et le retrayant aient joui en commun des biens indivis pendant plusieurs années — pourvu qu'ils n'en aient pas partagé les revenus ainsi que nous le verrons plus loin — n'implique nullement que ce dernier ait ratifié tacitement la cession litigieuse ; c'est ce qu'admet d'une façon très nette un arrêt de la Chambre civile du 26 février 1958 (11), contrairement à un arrêt de la Cour d'Alger (12) qui déduisait la renonciation tacite du fait que le cohéritier était resté dix ans dans l'indivision avec le cessionnaire sans demander le retrait.

Par quels actes les héritiers sont-ils censés reconnaître les cessionnaires comme copartageants ?

Le fait tout d'abord d'agréer le cessionnaire rend par la suite le cohéritier irrecevable à intenter une action en retrait successoral : c'est ce que révèle un jugement du tribunal de Lyon du 1er avril 1944 (13) : dans ce cas, en effet, il paraît incontestable que l'héritier, en agréant la cession, a contracté une obligation de garantie envers le cessionnaire. Il ne peut apporter aucun trouble aux droits de celui-ci, même en cas de désaccord ultérieur lors du partage. Notons au passage que cette espèce donne un exemple sur la façon de procéder lorsque les cessionnaires d'une fraction d'hérédité voudront acquérir la sécurité dans leur transaction : ils devront faire agréer la cession par les autres héritiers.

Cette situation peut se comparer à celle de l'héritier futur, cessionnaire de celui dont il doit hériter, et qui, en présence d'héritiers réservataires, doit solliciter leur intervention à l'acte s'il ne veut pas être soumis au rapport conformément à l'article 918 du Code civil.

D'une manière générale les juges induisent cette renonciation tacite du fait de l'accomplissement commun, par le cessionnaire de droits successifs et les héritiers, d'actes de disposition. Des situations de ce genre ont été jugées en cas de vente (14), de donation (15), et même pour un bail à loyer (16), sauf cependant lorsque le concours de l'héritier à l'aliénation peut s'expliquer autrement que par la reconnaissance de la qualité

---

firmant un arrêt de Paris, 25 juin 1956, D. 1957, somm. 4, Gaz. Pal. 1956. 2. 152, J. C. P., éd. N., 1957, II, 999 et obs. R. Savatier, in rev. trim. de droit civil, 1957, p. 155, n° 3.

(11) Civ., 1re civ., 26 février 1958, Bull. civ., I, 1958, n° 121, P. 93, J. C. P., éd. G., 1958, IV, 51.

(12) Alger, 27 février 1947, S. 1948. 2. 8.

(13) Trib. civ. Lyon, 1er avril 1944, J. C. P., éd. N, 1945, II, 2819. Com. R. Savatier, in rev. trim. droit civil, 1945, p. 204, n° 2.

(14) Cass. civ., 26 janvier 1887, préc. Orléans 18 mai 1839, préc. Montpellier, 18 novembre 1853, D. 1855. 2. 90, S. 1854. 2. 20. Angers, 1er août 1873, S. 1874. 2. 13. Chambéry, 11 décembre 1907, précité.

(15) Limoges, 14 mars 1848, D. P. 1850. 5. 410, S. 1848. 2. 454.

(16) Montpellier, 18 nov. 1853, préc.

du cessionnaire (17). Certaines décisions font ressortir que l'acte de disposition par lui accompli fait naître, à la charge du cessionnaire, des droits successifs, une obligation de garantie dont le retrait ne pourrait le dégager (18). Mais à notre avis cette question de la renonciation tacite ne doit être tranchée qu'à travers la personne du retrayant.

La renonciation est également admise lorsque les héritiers ont procédé à un partage partiel de la succession (19), et il doit en être de même au cas de partage provisionnel postérieur à la cession (20).

Des arrêts anciens ont reconnu une renonciation dans les faits suivants : lorsque l'héritier achète les droits du cessionnaire dans l'un des biens héréditaires, à moins que cette acquisition ne puisse s'expliquer autrement (21) ; lorsque, dans l'instance en partage, l'héritier prend des conclusions communes avec le cessionnaire (22) ; lorsque l'héritier a réglé, par une convention avec le cessionnaire, la part proportionnelle de ce dernier dans une dette de la succession (23).

Ainsi sont considérés comme présentant un caractère renonciatif les actes qui constituent une exécution de la cession (24).

Par contre, il a été décidé qu'il n'y a pas de renonciation au droit d'exercer le retrait lorsque les héritiers ont admis le cessionnaire aux opérations préliminaires du partage et ne l'ont pas écarté dès qu'il s'est présenté (25), lorsque la femme héritière a figuré dans la cession consentie a son mari. De même, l'intervention du cessionnaire des droits d'un héritier à l'acte de prêt conclu par un cohéritier pour déclarer que le cessionnaire s'interdit de procéder hors de la présence du prêteur à aucun partage, licitation ou liquidation, ne révèle pas une manifestation de la volonté de l'emprunteur de renoncer à l'exercice du retrait contre le cessionnaire. Elle constitue uniquement une précaution élémentaire prise par le prêteur en raison du caractère indivis des biens affectés à la sûreté du prêt (26).

La jurisprudence récente semble admettre de plus en plus facilement l'existence d'une renonciation du demandeur à l'exercice du retrait. Nous avons vu que, pour respecter le fondement du retrait, elle soumettait un

---

(17) Cass. req. 20 juillet 1893, préc. Toulouse, 31 décembre 1852, D 1854. 2. 226, S. 1853. 2. 23.

(18) Cass. civ., 26 janvier 1887, préc.

(19) Orléans, 18 mai 1839, D. 1839. 2. 260, S. 1839. 2. 386. Trib. civ. de Rodez, 5 juin 1906, P. 1907. 2. 65, Gaz. Trib. Midi, 23 sept. 1906.

(20) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Succ. III, n° 2659.

(21) Cass. req., 20 juillet 1893, préc.

(22) Rennes, le 20 janvier 1849, P. 1849. 2. 158.

(23) Orléans, 18 mai 1839, préc.

(24) L'ancien Droit était déjà en ce sens. Cf. « Le Nouveau Denisart » op. cit., § 4, n° 7, p. 400, qui reconnaît que le retrait est impossible après un acte admettant le cessionnaire mais il faut qu'on voie dans la conduite des héritiers, une intention bien marquée de reconnaître les droits du cessionnaire, car s'ils n'avaient traité avec lui, que relativement à des opérations nécessaires, telle qu'un inventaire, une levée de scellés, il semblerait rigoureux qu'on puisse en déduire une volonte de renoncer au retrait... Cependant, il est prudent de ne faire toutes ces opérations avec le cessionnaire que sous des protestations.

(25) Cass. civ., 15 mai 1833, D. 1833. 1. 212, S. 1833. 1. 369 ; Agen, 8 avril 1845, D. P. 1845. 2. 123 ; Caen, 22 juillet 1848, D. P. 1849. 2. 11 ; Nancy, 4 février 1899, Gaz. Pal. 1899. 1. 466.

(26) Civ. civ., 20 janvier 1953, Bull. civ., 1953, I, n° 24, p. 22.

plus grand nombre de cessions à son exercice en reconnaissant à cet égard la distinction de la succession mobilière et immobilière. Au contraire, par une sorte d'effort en sens opposé, en accueillant plus largement la renonciation, la jurisprudence semble vouloir limiter le jeu du retrait et empêcher que ne se réalisent les troubles qui s'y rattachent. C'est qu'en fait le retrait connaît une recrudescence de faveur qui se lie à la période de dépréciation monétaire que nous vivons. Et l'on peut assurer que toutes les fois que l'acquéreur de droits successifs, au lieu de provoquer immédiatement le partage, a laissé passer plusieurs années avant de le réaliser, les droits qu'il avait acquis disparaîtront avec le retrait car, dans ce cas, les héritiers ont toutes les chances de réaliser une bonne affaire. Sans doute est-ce là la raison primordiale pour laquelle la jurisprudence est actuellement très libérale dans l'interprétation des faits pouvant entraîner renonciation de la part du retrayant à exercer le retrait.

Un arrêt de la chambre civile du 15 juin 1955 (27) est significatif de cette tendance : « de la participation du retrayant à un partage, avec le retrayé, des revenus de l'unique immeuble dépendant de la succession, et de son inaction pendant cinq ans — est-il écrit — les juges du fond ont pu déduire que le retrayant avait définitivement accepté le cessionnaire comme copropriétaire et, partant, renoncé à l'exercice du retrait » (28). Bien entendu, une telle renonciation, comme toute manifestation de volonté implicite, doit s'apprécier d'après les circonstances et les juges du fond ont pour cela, ainsi qu'il a été dit, des pouvoirs étendus (29). Il s'ensuit d'ailleurs dans les solutions que nous avons analysées jusqu'ici une certaine discontinuité (30). Mais il est certain que la Cour suprême devient de plus en plus lâche dans l'appréciation de la consistance des « actes positifs » qui, selon elle, doivent nécessairement servir de base à toute manifestation de volonté implicite.

Une autre manifestation du libéralisme de la jurisprudence dans la reconnaissance d'une renonciation réside dans le fait qu'elle considère que la validité de l'acte entraînant renonciation du retrayant ne doit pas être prise en considération et que seule l'intention manifestée par son auteur doit être retenue : aussi, récemment, la Cour de cassation a-t-elle pu décider qu'un partage nul auquel a participé un cessionnaire de droits

---

(27) Civ., civ., 15 juin 1955, D. 1955. 684, Gaz. Pal. 1955. 2. 261, Bull. civ., 1955, I, n° 252, p. 215, J. C. P., 1955, éd. G., IV, 110. et obs. R. Savatier, in. rev. trim. dr. civ., 1956, p. 164, n° 5.

(28) L'acceptation du cessionnaire comme copartageant et, par voie de conséquence, la renonciation à l'exercice du retrait, est déduite par les juges du fait, des termes d'une lettre dans laquelle le demandeur, en l'espèce, s'adressait au cessionnaire en désignant l'un des biens indivis géré en commun par l'expression « notre immeuble ».

(29) Cette appréciation est souveraine : « Une Cour d'appel ne fait qu'user de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle décide que le fait que le cessionnaire et le retrayant aient joui en commun des biens indivis pendant plusieurs années, n'implique nullement que ce dernier ait ratifié tacitement la cession litigieuse » Cf. Civ., civ., 26 février 1958, Bull. civ., I, 1958, n° 121, p. 93, J. C. P. 1958, ed. G., IV, 51.

(30) Cf. notamment l'arrêt récent civ. civ. 30 mai 1960, précité.

successifs et les cohéritiers, constitue pour ceux-ci une renonciation valable et définitive à l'exercice du retrait successoral (31).

Notons enfin que si l'effet de la renonciation persiste en cas de nullité du partage, il persiste également à l'égard des héritiers du renonçant qui ne peuvent pas davantage que leur auteur exercer le retrait (32).

Ainsi donc le fait de n'avoir jamais renoncé au retrait constitue une véritable condition de l'exercice du retrait successoral. Mais le retrayant devra également respecter le délai pendant lequel l'exercice de l'action reste possible, faute de quoi il sera censé y avoir renoncé.

2° Délai d'exercice

Les cohéritiers du cédant sont libres de choisir le moment qui leur convient pour exercer le retrait successoral et ils ne peuvent être mis en demeure par le cessionnaire de se prononcer : ils peuvent l'exercer dès que la cession est faite, par voie d'action directe et principale, et avant même que les opérations du partage soient commencées (33).

Mais, le plus souvent, les retrayants procèdent par voie d'exception et n'usent du droit que leur confère l'article 841 que pour repousser les prétentions du cessionnaire qui veut entraver la liquidation. Fréquemment, en effet, les cohéritiers n'ont connaissance de la cession qu'au moment où le cessionnaire se présente au partage pour réclamer la part de son auteur.

Le grand principe gouvernant cette question du délai d'exercice est que, pour que l'action en retrait soit recevavble, il faut qu'elle soit formée avant le partage de la succession, tant que dure l'indivision (34). En

---

(31) Civ. civ., 11 juillet 1955, D. 1956. 337, Bull. civ., 1955, I, n° 297, p. 248, J. C. P., 1955, éd. G., IV, 126 : « l'acceptation définitive, par le retrayant, de la copropriété du cessionnaire peut résulter de tout acte incompatible avec l'exercice ultérieur du retrait, la validité dudit acte étant sans influence sur l'intention de son auteur qui seule importe ».

Mais, vainement serait-il reproché aux juges d'avoir rejeté le moyen tiré par le tiers opposant d'une renonciation tacite de la retrayante à l'exercice du retrait au seul motif : « que le moyen avait pour fondement la prescription extinctive trentenaire et ne constituait que la présentation nouvelle d'un moyen déjà rejeté » alors que la prescription de l'action et la ratification de l'acte litigieux sont de natures juridiques essentiellement différentes ; le tribunal ayant pu valablement constater de cette manière que les parties n'avaient fait état d'aucun acte d'où la renonciation tacite eut pu s'induire et que le tiers opposant entendait faire résulter du temps écoulé entre la cession litigieuse et la demande en retrait. cf. civ. civ., 1er juillet 1955, D. 1956, 336.

(32) Cass. civ., 26 janvier 1887, D. 1887. 1. 275, S. 1890. 1. 293.

(33) Cass. req., 9 août 1830, D. 1830. 1. 382. Bastia, 23 mars 1835, D. 1835. 2. 58, S. 1835. 2. 349.

Cependant si l'action émane d'un successeur irrégulier, ce dernier ne pourra agir qu'après avoir été envoyé en possession.

(34) Cass. civ. 8 novembre 1883, D. P. 1883. 1. 268, S. 1883. 1. 125 — Cass. req. 20 juillet 1893, D. P. 1893. 1. 592, S. 1894. 1. 23 — Civ. civ., 23 novembre 1955, Bull. civ., 1955, I, n° 408, p. 329, J. C. P. 1955, éd. G., IV, 182 ; — Civ. civ. 5 juillet 1961, Bull. civ., 1961, I, n° 378, p. 301, J. C. P. 1961, éd. G. 127.

Agen, 8 avril 1845, D. P. 1845. 2. 123, S. 1846. 2. 189. Paris, 28 mars 1854, D. 1855. 5. 594 — Pau, 14 février 1960, D. P. 1860. 2. 115, S. 1861. 2. 113, — Nîmes, 16 mai 1861, S. 1861. 2. 454 — Trib. civ. Périgueux, 11 déc. 1884 ; Gaz. Pal. 1885. I, suppl. 78, Chambéry, 11 décembre 1907, S. 1908.

effet, une fois que l'indivision a cessé par la consommation du partage, cette action ne répondrait en aucune manière au fondement de l'institution qui a pour but d'écarter l'étranger du partage. Par définition, le partage terminé, le cessionnaire a été mêlé à toutes les opérations et, si l'on peut dire, le mal est fait, ou tout au moins les héritiers l'ont trouvé supportable : il n'y a donc plus de raison d'écarter le cessionnaire. En outre, les droits successifs, objet de la cession, ont fait place à un droit individuel, portant sur des biens déterminés. Les droits indivis n'existent plus et le retrait successoral n'a plus d'objet (35).

L'action en retrait est donc éteinte une fois le partage consommé.

Mais, pour trancher cette question, à quel moment peut-on considérer le partage comme définitivement terminé et, partant, l'action en retrait éteinte ?

Il y a plusieurs manières d'opérer entre cohéritiers le partage d'un patrimoine. Il faut distinguer entre le partage amiable entre cohéritiers majeurs et le partage judiciaire.

Le partage amiable est considéré comme consommé lorsque chacun des copartageants se trouve légalement apportionné des objets qui lui sont échus, soit par voie de tirage au sort, soit par voie d'attribution. Il n'est pas nécesaire, à notre avis, que chaque héritier ait été mis en possession de son lot. L'article 841 a pour but de faciliter les opérations du partage : or, quand les lots ont été tirés au sort, les cohéritiers ne sont plus exposés aux dangers dont la présence du cessionnaire les menaçait. Les biens ne sont plus indivis ; le cédant ou le cessionnaire devient propriétaire d'une partie des biens auxquels son titre lui permettait de prétendre et chaque cohéritier est saisi définitivement de son lot : le partage, en un mot, est consommé. Si le cessionnaire a assisté aux diverses opérations qui ont précédé le tirage au sort, et s'il a lui-même tiré au sort un des lots, il est fondé à repousser le cohéritier qui voudrait exercer le retrait ; il serait, en effet, incohérent de soutenir qu'il doit s'installer dans ses propriétés et cultiver ses terres pour être considéré définitivement comme propriétaire.

Le partage judiciaire, quant à lui, ne peut être considéré comme consommé que lorsque le jugement d'homologation est intervenu et, même si le jugement est contentieux, qu'une fois les délais d'appel expirés au regard de toutes les parties qui ont figuré dans l'instance : c'est ce que décident certains arrêts de cours d'appel (36). Cette solution ne fait pas de doute en cas de partage judiciaire intervenu entre majeurs et mineurs. Mais, à notre avis, si le partage judiciaire a lieu entre cohéritiers majeurs sur requête collective non contentieuse, la situation ne diffère pas de

---

2. 140 — Trib. civ. de la Seine, 6 décembre 1924, Gaz. des. trib. 1 juillet 1925, — Trib. civ. de Bourganeuf 24 juin 1949, Gaz. Pal. 1949. 2. 256 — Paris, 25 juin 1956, D. 1957, Somm. 4, Gaz. Pal. 1956. 2. 152, J. C. P. 1957, éd. N., II, 9999. Cf. « Nouveau Denisart », op. cit., n° 8, p. 401 : « le délai dans lequel le retrait successoral peut être intenté n'étant point fixé, il y a lieu de décider qu'on peut l'exercer tant que le partage n'est pas fait ».

(35) Néanmoins le retrait successoral pourra être exercé à tout moment pendant les opérations du partage et tant que le partage n'est pas consommé. Cf. cass. req. 20 juillet 1893, précité.

(36) Chambéry, 12 février 1878, D. 1879, 2. 201, S. 1879. 2. 332 ; Nancy, 4 février 1899, Gaz. Pal. 1899. 1. 466 ; Chambéry, 11 déc. 1907, préc.

celle qui constitue un partage amiable : dans ce cas, les mêmes principes que nous avons relatés devraient s'appliquer.

En cas de partage judiciaire, si les exigences de la loi n'ont pas été satisfaites, le partage n'est que provisionnel : or, quand le partage n'a été que provisionnel, il peut toujours être procédé à un partage définitif. Dans ce cas la jurisprudence décide que l'existence d'un partage provisionnel ne constitue pas une fin de non recevoir contre la demande en retrait (37).

Mais l'on s'accorde généralement à reconnaître que le partage, intervenu dans ces conditions entre mineurs et majeurs, n'est réputé provisionnel qu'à l'égard des mineurs : il serait, au contraire, définitif à l'égard des majeurs, ce qui veut dire que les copartageants capables ne peuvent pas demander la nullité du partage non judiciaire auquel ils auraient participé : c'est d'ailleurs une opinion jurisprudentielle (38). Les majeurs donc ne pourraient, si l'on procède à un nouveau partage, exercer contre le cessionnaire le retrait successoral, car ils ont admis ce cessionnaire à traiter avec eux. Seul le cohéritier mineur, devenu majeur, ou l'incapable redevenu capable, pourrait écarter le non-successible des opérations du second partage (39) : car c'est uniquement à leur égard que le partage n'est pas définitif.

Mais un retrait exercé dans ces conditions ne va-t-il pas avoir des conséquences qui vont renverser ces principes ?

C'est ce que révèle un arrêt de la Chambre civile du 17 avril 1953 (40).

L'espèce était la suivante : un cohéritier vend des droits indivis sur des parcelles provenant de la succession de son père à des cessionnaires étrangers. Puis il procède, avec ses cohéritiers et cessionnaires, au partage de ces parcelles. Un frère du cohéritier cédant était, à cette époque, interdit légal. Redevenu capable, il exerce le retrait successoral contre les cessionnaires. Le jugement du Tribunal civil de Tlemcen fait droit à sa demande. Le pourvoi des cessionnaires critique le caractère provisionnel du partage et prétend qu'en tout cas le caractère provisionnel n'empêche pas la consommation du partage et, par suite, l'extinction du retrait.

Le pourvoi est rejeté par la Chambre civile aux motifs suivants : « Le retrait successoral peut être exercé tant que le partage n'est pas consommé, à moins qu'on y ait renoncé expressément ou tacitement, et le partage provisionnel, qui laisse toujours ouverte la demande d'un partage définitif, ne peut être une fin de non recevoir contre le retrait.

L'exercice de retrait a pour effet, nonobstant l'existence d'un partage provisionnel, de remettre en cause les précédentes répartitions de l'actif au regard de tous les coindivisaires antérieurs, et, vu l'indivisibilité, le partage,

---

(37) Chambéry, 27 janvier 1872, D. P. 1872. 2. 239, S. 1872. 2. 77. En effet, on peut le considérer comme ayant pour but d'ajourner la difficulté, alors qu'un partage partiel emporte renonciation.

Il semble que ce soit une question d'interprétation de l'intention des parties.

(38) Cass. civ., 2 juin 1897, S. 1897. 1. 448.

(39) Tous au contraire, pourraient intenter le retrait successoral si la cession avait été faite dans le laps de temps qui s'est écoulé entre les deux partages.

(40) Civ. civ., 17 avril 1953, D. 1953. 421, S. 1954. 1. 25 ; Bull. civ., 1953, I, n° 124, p. 105, J. C. P. 1954, éd. N. II, 8131. Cf. également, obs. R. Savatier ; in Rev. trim. drt. civ., 1953, p. 726, n° 4.

considéré comme provisionnel en ce qui concerne un incapable, doit l'être à l'égard de tous les copartageants ».

Ainsi que le précise l'arrêt, la conséquence de ce retrait est de remettre en cause le partage dans son ensemble : le partage tombe tout entier et dans toutes ses attributions. L'exercice du retrait équivaut, pour l'ancien incapable, au refus de confirmer le partage. On peut même considérer qu'il suppose cette non-confirmation puisque ce n'est qu'à cette condition que le partage sera provisionnel et que le retrait pourra être exercé.

Imaginons que l'incapable, au lieu d'exercer le retrait successoral, se contente d'agir en nullité du partage judiciaire : de ce fait le partage devient provisionnel au regard des copartageants capables ; dès lors, ces derniers vont-ils pouvoir exercer le retrait successoral ? Nous savons que la validité d'un acte entraînant renonciation tacite de la part des cohéritiers à exercer le retrait successoral contre un cessionnaire, n'influe pas sur la finalité de cette renonciation. C'est sous cet angle qu'il faudrait trancher la question ainsi posée.

Disons pour finir que le seul cas où le retrait successoral pourrait être exercé après la consommation du partage se situe dans l'hypothèse où la cession aurait été dissimulée aux cohéritiers du cédant, et quel que soit l'auteur de la dissimulation (41).

Donc tant que le partage n'est pas complètement terminé, le retrait successoral reste possible et il ne pourrait en être autrement que si les héritiers avaient renoncé à se prévaloir de cette action. Néanmoins, nous sommes fondés à nous poser la question de savoir si la prescription est une cause d'extinction du retrait.

L'action en retrait est un corollaire de l'action en partage : d'où il résulte qu'aucune cause d'extinction par le temps ne saurait paralyser la possibilité de retrayer considérée en elle-même, laquelle subsiste aussi longtemps que l'indivision. L'action en retrait est donc imprescriptible (42).

Du moment qu'il est admis que l'action en retrait peut être intentée jusqu'au partage, il est rationnel d'admettre que tant que le partage n'est

---

(41) Trib. rég. sup ; de Colmar, 20 octobre 1908, S. 1909. 4. 32. au surplus, le cédant qui, malgré la cession qu'il avait consentie, a concouru au partage, doit être considéré comme l'auteur de la dissimulation. D'ailleurs bien souvent, en fait, cette dissimulation sera le résultat de la collusion du cédant et du cessionnaire.

(42) Civ., civ., 11 juillet 1955, D. 1956. 336, Bull. civ. 1955, I, n° 296, p. 247, J. C. P. 1955, éd. G, IV, 126 — Civ., 5 juillet 1961, Bull. civ., 1961, I, n° 278, p. 301, J. C. P., 1961, éd. G., IV, 127.

Aubry et Rau, t. 10, § 621 ter, texte et note 44 et s. A. Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, n° 1259. Contra : Rennes, 15 janvier 1880, D. P. 1881. 2. 114, S. 1881. 2. 185. Alger, 12 février 1955, sol impl. Cf. civ. civ., 26 février 1958, Bull. civ., 1958, I, n° 121, P. 93 J. C. P. 1958, éd. G. IV, 51.

Dans cette opinion contraire la prescription est de trente ans. Elle doit courir du jour où l'action est née, l'arrêt de Rennes, ci-dessus, le fait courir du jour de l'ouverture de la succession. Si nous étions en faveur de l'application de la prescription à l'action en retrait, nous trouverions logique de la faire courir, du jour de la cession.

Dans l'interprétation belge (cf. Van Biervlet, Suc. n° 345) on admet la prescription trentenaire contre le retrait lui-même en dehors de toute cessation de l'indivision.

pas intervenu la situation envisagée par la loi n'est pas modifiée : « ibi eadem ratio. ibi idem jus » (43). « La durée de la copropriété ne doit pas influer sur la protection accordée aux cohéritiers et sur les prérogatives qui lui sont conférées » par l'article 841 (44).

Mais, bien entendu, la prescription acquisitive peut être valablement opposée à une demande en retrait successoral lorsque le cohéritier ou le cessionnaire qui s'en prévaut a substitué à la jouissance indivise une possession privative, exclusive et à titre de propriétaire (45).

Les délais ainsi laissés à l'héritier pour réfléchir sur le parti à prendre s'étendent si largement dans le temps que cette situation peut paraître exorbitante C'est effectivement là, à notre avis, un des points les plus critiquables de l'institution, point sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

SECTION II

LE REMBOURSEMENT

Le cohéritier qui veut écarter des opérations du partage un non-successible doit, suivant l'article 841, « lui rembourser le prix de la cession », c'est-à-dire le prix payé par le cessionnaire du cédant.

Contrairement à l'opinion de certains auteurs, le remboursement du prix de la cession n'est pas une condition d'ouverture de la faculté de retrait successoral. Nous ne voyons pas non plus dans le remboursement du prix de la cession un effet du retrait exercé (pas plus que le prix est un effet de la vente). Le remboursement constitue, à notre avis, une condition d'exercice du retrait. En effet, le retrait successoral appartient à tout cohéritier remplissant les conditions que nous avons étudiées dans nos chapitres précédents, indépendamment de toute indemnisation. Mais le retrait ne pourra se matérialiser au profit du retrayant qu'une fois le prix de la cession remboursé au retrayé, Le remboursement est en quelque sorte une condition de l'exercice du retrait permettant l'envoi en possession du retrayant des biens qui en sont l'objet : c'est une obligation du retrayant qui n'a pas d'influence sur la possibilité d'exercer le retrait mais en réalité en détermine l'exercice même.

La Cour de cassation a formulé ainsi son avis (46) : « si la demande en retrait successoral, formée par un successible, lui confère, vis-à-vis du cessionnaire, un droit acquis à l'exercice qui ne peut plus être mis en échec par un acte de ce dernier, c'est à la condition que le retrayant désintéresse ce cessionnaire ».

L'équité exige, en effet, que le retrayé n'ait pas à souffir de l'exercice

---

(43) Le droit au retrait ne s'éteint pas non plus par le décès du cédant, même dans le cas où la cession aurait été consentie contre une rente viagère constituée sur sa tête.

(44) Cf. Note Vialleton, D. 1956. 334.

(45) Civ. civ., 20 mars 1961, Bull. civ., 1901, I, n° 175 p. 139 ; J. C. P. 1961, éd. G, IV, 71.

(46) Civ., 20 avril 1915, Gaz. Pal., 1915. 288 ; D. 1920. I, 1954.

du retrait successoral. Par ailleurs cette institution ayant été créée dans un but purement psychologique et moral, il convient que les retrayants ne la mettent pas en œuvre dans un but lucratif.

Sur quoi et quand le remboursement doit-il être effectué ?

I. — PRINCIPAL DU PRIX ET CHARGES

C'est le prix de la cession et non une somme égale à la valeur des droits cédés que l'héritier doit rembourser au cessionnaire ; car si la valeur et l'importance de la part cédée devaient être estimées, le cohéritier retrayant devrait pratiquement appeler le cessionnaire au partage et procéder contradictoirement avec lui à ces opérations : ainsi le retrait perdrait toute l'utilité ayant présidé à sa création.

Les héritiers doivent, en principe, rembourser le prix qui figure à l'acte de cession. Mais, en fait, il doit s'agir du prix réel ; l'article 1.699 du Code civil (que nous pouvons sur ce point étendre par analogie au retrait successoral) stipule que : « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire en lui remboursant le prix réel de la cession ».

L'insertion du prix dans l'acte de vente n'est pas une preuve certaine de la sincérité des allégations des parties. Bien souvent, en effet, les parties, dans le but d'éviter le retrait successoral, se seront mises d'accord pour exagérer frauduleusement le prix de la cession dans l'espoir que les cohéritiers seront rebutés par la somme à verser eu égard à la valeur du bien objet du retrait projeté.

En pareille hypothèse le retrayant pourra prouver la fraude par tous les moyens, et même à l'aide de simples présomptions ; et les juges du fond ont une appréciation souveraine des faits établissant la fraude (47). Le serment pourra même être déféré au cessionnaire (48).

Lorsque la fraude est évidente et qu'il est néanmoins impossible d'apporter la preuve du prix véritable, la jurisprudence décide que le tribunal peut fixer lui-même le prix qui devra être remboursé au cessionnaire. Il y a là un danger très net pour le cessionnaire : on aurait pu souhaiter dans ce cas une expertise ; mais ce procédé constitue par contre la rançon de la fraude.

A l'inverse, dans le but de se soustraire le plus possible au paiment des droits d'enregistement à l'occasion de la mutation, le prix mentionné au contrat aura pu être diminué par les parties. Dans ce cas la solution sera la même : le retrayant devra rembourser au cessionnaire le prix qu'il aura réellement payé. Mais, bien entendu, les conséquences fiscales de cette dissimulation resteront à la charge du cessionnaire qui en est l'auteur.

Lorsque la cession a porté sur d'autres droits que des droits successifs, nous avons vu que, seuls, les droits successifs étaient soumis au retrait et

---

(47) Cass., 16 mars 1898, D. P. 1898. 1. 359 ; S. 1898. 1. 280 ; Gaz. Pal. 1898. 1. 436. — Bourges, 10 déc. 1893, S. 1834. 2. 652. — Paris, 14 février 1834, D. P. 1834. 2. 56. — Bastia, 23 mars 1835, D. 1835. 2. 58 ; S. 1835. 2. 349. — L'ancien Droit était déjà en ce sens, Cf Pothier, Tr. des retraits, nº 290 et 291.

(48) Aix, 5 déc. 1809 ; S. 1812. 2. 379 — Bourges, 16 déc. 1833, D. P. 1834. 2. 99 ; S. 1834. 2. 652.

nous savons que dans ce cas il faut avoir recours à une ventilation pour déterminer la portion du prix qui devra être remboursée, ventilation dont les frais demeurent à la charge du retrayant ; c'est une solution qui ne doit pas faire de doute puisqu'elle est faite dans son intérêt (49). Au surplus nous allons voir que, d'une manière générale, les frais doivent être supportés par le retrayant.

Il est une question qui a soulevé beaucoup de polémiques et pour laquelle peuvent être appliquées plusieurs solutions dont chacune possède des arguments défendables : c'est le cas du cessionnaire qui a successivement acheté et revendu les mêmes droits successifs pour deux prix différents. En pareille hypothèse le premier cessionnaire est complètement sorti de l'opération et le retrait sera exercé contre le dernier cessionnaire, titulaire actuel des droits successifs. Quelle somme va-t-on lui rembourser ?

On pourrait tout d'abord imaginer que le retrayant rembourse le plus faible des prix ainsi successivement payés. En effet, il peut paraître inadmissible que l'un des cessionnaires puisse tirer un bénéfice aux dépens des cohéritiers au profit desquels le retrait successoral confère justement une sorte de situation privilégiée. Cette solution très pratique aurait, de surcroît, l'avantage de la facilité. Malheureusement, aucun argument juridique ne peut l'étayer et force nous est de l'abandonner comme étant le produit d'un esprit pratique mais non juridique.

Une deuxième solution consiste à faire rembourser par le retrayant le prix payé par le dernier cessionnaire. En effet, il est de principe constant, en matière de retrait, que le retrayant doit rendre le retrayé indemne. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine adopte cette solution (50). C'est aussi dans ce sens que se prononce la jurisprudence (51).

Un arrêt récent de la Cour de Paris (52) a simplement conclu que le retrayant ne peut reprendre les droits sous-aliénés qu'après une indemnisation entière du sous-acquéreur quant à son prix d'achat et à ses frais.

Certes, cette solution est une solution pratique et souple, elle est logique au demeurant, mais elle ne nous semble pas très juridique.

En effet la rétroactivité attachée à l'opération du retrait a pour conséquence d'anéantir non seulement la dernière cession mais aussi toutes celles qui l'ont précédée, de telle sorte que le retrayant est censé tenir ses droits du cohéritier cédant. Dès lors il doit rembourser le prix qu'a reçu le cédant, c'est-à-dire celui de la première cession. Cette solution est commandée en outre par le principe d'après lequel on ne peut transmettre plus de droits que ceux que l'on possède soi-même. En effet, le cessionnaire initial n'a pu céder au second acquéreur les droits successifs qu'avec l'obligation de subir éventuellement le retrait moyennant la restitution du prix porté à la première cession, que ce prix soit inférieur ou supérieur au second. Le cédant et les cédants successifs ne transmettent donc qu'un

(49) Bordeaux, 25 mars 1857, D. 1857. 2. 116 ; S. 1858. 2. 259.

(50) Desjardins, op. cit., n° 32, p. 528. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n° 2.645. — Maury et Vialleton, n° 560. : « Le détenteur actuel des biens objets du retrait doit être rendu indemne et non pas réaliser un bénéfice ou une perte ».

(51) Besançon, 5 juin 1857, D. P. 1858. 2.111e; S. 1858. 2. 291.

(52) Paris, 25 juin 1956, D. 1957, somm 4, Gaz. Pal. 1956. 2. 152 ; J. C. P., éd. N. 1957, III, 9999. Et obs. R. Savatier, in rev. trim. dr. civ., 1957, P. 155, n° 3.

droit sujet à une cause de résolution légale que leurs cessionnaires ne peuvent ignorer et dont les modalités de remboursement ont été définitivement fixées par la cession faite par le cohéritier cédant.

Ainsi, au résultat de cette analyse, le retrayant ne prendra en considération que la première cession faite par son cohéritier, sauf au dernier cessionnaire à se retourner contre son propre cédant.

Cette solution est aussi logique que la précédente : certes, elle peut provoquer des réactions en chaîne dans les rapports des cédants et de leurs sous-acquéreurs, en ce sens elle est donc moins pratique dans la vie des affaires. Mais elle a l'avantage de nous paraître juridiquement inattaquable : c'est d'ailleurs la tradition historique et l'opinion d'une partie de la doctrine (53).

Notons que, dans cette conjoncture, il est plus délicat de décider à qui appartiendra l'excédent du prix de la première vente, si le prix de celle-ci était supérieur à la seconde. A notre avis le retrait anéantissant toutes les opérations conclues depuis la première cession, il faut remettre les choses en l'état. Le sous-acquéreur retrayé recevra le prix qu'il a versé, augmenté des frais, et le surplus du prix ira à l'acquéreur qui avait cédé en subissant une perte dans cette revente.

Lorsque le prix de la cession a été stipulé autrement qu'en une somme d'argent, son remboursement peut donner lieu à un certain nombre de difficultés.

Ainsi lorsque le prix de la cession consiste en une rente viagère, quelle solution admettre ? Il faut tout d'abord distinguer si le crédirentier est toujours vivant ou s'il est décédé.

Si le crédirentier est toujours vivant, le retrayant doit en pareille hypothèse rembourser les arrérages déjà payés et se charger pour l'avenir du service de la rente (54). Mais il ne peut être contraint de rembourser le capital, ni forcer le cédant à accepter ce remboursement. Les arrérages restant à verser pour l'avenir s'analysant en un paiement à terme, et le retrayé restant soumis à ses obligations envers le cédant pour la partie du prix qu'il n'a pas payée (55) ; la jurisprudence autorise le retrayé à exiger du retrayant des sûretés pour la partie du prix qui n'est due qu'à terme (56).

Lorsque le prix de la cession consiste en une rente viagère éteinte,

---

(53) Cf. Pothier, des Retraits, n° 341.

Dans le même sens : Labbé, rev. crit., 1855, I, p. 153, n° 28. Aubry et Rau par Esmein, 621 ter, texte et note 56 — Delmas Saint Hilaire, op. cit., p. 55, n° 33.

Cp. en matière de retrait litigieux ; Req. 15 juin 1840, S. 1840. 1. 429 : le prix à rembourser était celui de la première cession. Mais cet arrêt ne peut nous servir d'arrêt de principe en raison des circonstances spéciales entourant l'affaire qu'il avait à connaître, tenant à une dissimulation frauduleuse dans le prix de la première cession.

(54) Cass. req. 1er déc. 1806, Rep. D., jur. gén., v° succession, n° 1997.

(55) Comme nous le verrons, il n'y a pas novation par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien. Spécialement le cohéritier cédant a le droit, malgré l'exercice du retrait, de réclamer contre son cessionnaire le paiement des arrérages de la rente. Cf. Brive-Cazes, in rev. de législation et de jurisprudence (Collection Wolowski, tome 40, 1851, p. 69 et s.

(56) Civ. 7 janv. 1857, D. P. 1857. 1. 81.

au moment du retrait, par le décès du crédirentier, un arrêt de la Cour de Chambéry (57) décide, dans cette hypothèse, que le retrayant n'est tenu qu'au remboursement des arrérages payés jusqu'au décès du crédirentier « ne fussent-ils que d'un trimestre ». — Dans ce cas, le retrayant doit profiter de l'extinction de la rente viagère, à quelque époque que cette extinction ait lieu, comme en aurait profité le retrayé lui-même. La Cour ajoute que le cessionnaire ne peut exiger une plus forte somme, à raison du risque auquel il s'était exposé.

La décision ainsi donnée peut appeler certains commentaires : face à une cession de ce genre, les cohéritiers du cédant, tant que dure l'indivision, ont tout intérêt à attendre avant d'exercer le retrait. Ils seront tentés de mesurer la rentabilité du retrait qu'ils peuvent exercer à la longévité de leur cohéritier cédant et crédirentier : si ce dernier meurt dans un laps de temps relativement court, ils auront tout intérêt à exercer le retrait ; ils le feront à bon compte et sans avoir couru de risque, que seul le retrayé supporte en définitive. Si, au contraire, le cédant vit très longtemps, le retrait devient plus onéreux et le retrayant éventuel sera moins tenté d'agir. Le retrait revêt dans ce cas le caractère d'une action ayant un intérêt pécuniaire qui n'est pas dans sa finalité. C'est sans doute la raison pour laquelle on obligeait dans l'ancien Droit, d'après Pothier, le retrayant à restituer, outre les arrérages versés, le prix du risque ; mais il semble bien que ce soit là une opinion isolée (58) et un arrêt du Parlement de Bretagne du 27 mars 1727, rapporté par Rousseaud de Lacombe (59), nous paraît être le lointain précurseur de l'arrêt de Chambéry : « si le vendeur qui a vendu à pension viagère meurt avant, ou depuis le retrait intenté, le retrayant n'est obligé de rembourser à l'acquéreur que les quartiers et arrérages de la rente ou pension viagère échue au vendeur ».

C'est, qu'en effet, le principe qui domine la question du remboursement consiste dans l'indemnisation complète du retrayé. On ne peut rembourser à ce personnage que ce dont il s'est matériellement appauvri. Evaluer le risque en la matière serait arbitraire puisque, justement, il supprimerait le caractère aléatoire du contrat que le retrayé avait conclu et reviendrait à lui assurer de façon certaine une marge bénéficiaire.

Lorsque la cession des droits successifs a emprunté la forme de l'échange, le retrayant doit rembourser la valeur des objets donnés en échange par le cessionnaire ; l'estimation de ces objets doit être faite contradictoirement entre les parties ou, en cas de désaccord, par experts, d'après leur valeur au jour de l'échange. Cette estimation ne peut être obligatoirement primée par l'évaluation faite dans l'acte d'échange. Une telle évaluation ne peut être, en effet, ni opposée par le retrayant, ni

---

(57) Chambéry, 12 fév. 1878, D. P. 1879. 2. 201 ; S. 1879. 2. 332.

(58) Cf. Pothier, Intr. à la Cout. d'Orléans, 1776, tit. des fiefs, n° 246. Tr. Retraits, n° 114. En donnant cette solution, Pothier revient d'ailleurs sur une opinion antérieurement admise, en vertu de laquelle le retrait était impossible dans ce cas : V. Traité des Fiefs, Ed. 1778, 2 vol. in-8°, 2e partie, Ch. II, art 2., setc 1, § 2. En fait, d'après les anciens auteurs, il ne fait pas de doute que le retrait était admis en pareille hypothèse . Cf. Denisart, v° retrait lignager, n° 26 et s.

(59) Rousseau de Lacombe, jurip. civ., 4e éd. 1769, v° Retrait-retrayant.

invoquée par lui (60) ; autrement dit, elle ne peut servir de base d'estimation que si toutes les parties sont d'acccord pour l'employer.

Les mêmes principes doivent être appliqués lorsque la cession consiste dans l'obligation prise par le cessionnaire de faire un travail quelconque : il faut évaluer l'engagement contracté. Il en est ainsi lorsque, par exemple, le prix consiste dans les soins et démarches pour faire recouvrer la succession (61)

II. — FRAIS, FRUITS ET ACCESSOIRES

Le principe dégagé est que le retrayant doit rendre le retrayé indemne : le remboursement du prix qu'il a payé ne suffirait donc pas. Le processus suivi en matière de retrait litigieux (62) doit être étendu au retrait successoral, car l'équité exige que le retrayé ne subisse aucun préjudice, soit qu'il ait acquis des droits sujets à litige, soit qu'il ait acquis des droits héréditaires.

Il est redevable au retrayé, tout d'abord, des frais et loyaux coûts du contrat : ou doit entendre par cette expression les honoraires du notaire qui a reçu l'acte de cession et les droits d'enregistrement payés par le cessionnaire (63). Mais si le prix de la cession a été frauduleusement exagéré, le cessionnaire ne pourra exiger le remboursement des frais que proportionnellement au prix réel : le retrayant ne doit point, en effet, subir les conséquences d'un dol qu'il n'a pas commis.

Si le premier cessionnaire avait cédé ses droits à un tiers, les loyaux coûts que le retrayant devrait rembourser seraient ceux de la première cession, en vertu des règles établies au cours des développements qui précèdent.

Le retrayant n'est tenu de rembourser au cessionnaire que les frais de la cession et ceux qu'il a éventuellement engagés pour le règlement de la succession. Les autres frais, tels que ceux de la saisie pratiquée sur les biens de la succession par un créancier du cessionnaire soumis au retrait successoral, ne doivent pas être supportés par le retrayant (64).

Le retrayant doit également les intérêts du prix même que le retrayé a payé. Certaines Cours d'appel (65) décident que les intérêts doivent dans ce cas être calculés sur la période correspondant au temps pendant

---

(60) Cass. req. 19 oct. 1814, S. 1815. 1. 112. — Caen, 19 mars 1842, S. 1843. 2. 96. — Bordeaux, 25 mars, 1857, S. 1858. 2. 289 ; D. 1857. 7. 116 ; — Chambéry, 27 janv 1872, S. 1872. 2. 77 ; D. 1872. 2. 239.

(61) Trib. Reims, 12 avril 1850, sous Paris, 2 avril 1852, S. 1852. 2. 671. Si la cession a été consentie à charge par le cessionnaire de faire un ouvrage quelconque le retrayant doit l'exécuter s'il le peut, ou payer au cédant la valeur de cet ouvrage.

(62) L'article 1699 du Code civil décide que le retrayant doit rembourser « le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ». La constitution d'Athanase stipulait déjà : « Usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ». (C. Mandati, L 22.)

(63) Cass. req. 1er juillet 1835, S. 1835. 1. 343 ; D. 1835. 1. 400. — Paris, 20 juillet 1897, sous cass. 16 mars 1898, D. 1898. 1. 359 ;S. 1898. 1. 280.

(64) Grenoble, 16 août 1858, S. 1859. 2. 289.

(65) Bordeaux, 25 mars 1857, préc.

lequel le retrayé a été privé de la somme versée : c'est-à-dire à partir du jour du paiement du prix de la cession jusqu'au jour du remboursement effectif.

Cette obligation semble trop rigoureuse. En réalité, le cessionnaire a toujours connu la cause d'éviction éventuelle qui le frappait et, en acceptant la cession consentie à son profit, il a pris, en toute connaissance de cause, le risque d'immobiliser des capitaux sans profit pour lui. En pareille hypothèse, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même si son opération ne constitue en fait qu'un coup d'épée dans l'eau.

Dans ces conditions il paraît plus équitable que les intérêts ne soient dus par le retrayant que du jour de la demande en retrait dans le cas où la cession ne lui avait pas été notifiée, et du jour de cette notification lorsqu'elle a eu lieu (66).

Dans un certain nombre de cas le cessionnaire a pu rester dans l'indivision pendant un laps de temps relativement important et, à ce titre, il a pu percevoir les fruits des droits cédés.

En pareille hypothèse la situation du retrayé se compare à celle d'un possesseur de bonne foi, quand bien même le retrait serait rétroactif dans les rapports entre retrayant et retrayé : le possesseur de bonne foi fait les fruits siens (art. 549 du Code civil). Ainsi le cessionnaire ne doit pas les fruits antérieurs à la demande en retrait (67). Juste retour des choses qui compensera pour lui le fait qu'il n'a pas droit, selon nous, aux intérêts du prix pendant la même période.

Une fois la demande en retrait effectuée, le retrayé devient un possesseur de mauvaise foi et devra restituer les fruits perçus et les sommes dont il est redevable à cet égard, viennent en déduction de la créance de remboursement.

Le retrayant doit aussi rembourser au cessionnaire le montant des dettes héréditaires que celui-ci aurait acquittées ; mais ce dernier doit prouver que les paiements ont été effectués.

Il peut encore se présenter une conséquence de la règle traditionnelle en vertu de laquelle le retrayé doit être rendu complètement indemne. Lorsqu'un certain laps de temps s'est écoulé entre la cession et le retrait, il arrive que le retrayé ait exposé des frais pour la conservation, l'entretien ou l'amélioration des droits héréditaires. A l'inverse, nous venons de voir qu'il aura pu encaisser les fruits civils ou naturels. Cette question peut également être résolue en partant de la constatation que le retrayé peut être considéré comme un propriétaire sous condition résolutoire et que, par suite, il doit être traité, là encore, comme un possesseur de bonne foi, sauf dans l'hypothèse où il a engagé des dépenses non nécessaires après la notification du retrait. La doctrine ne semblait pas avoir une

---

(66) Pour le paiement des intérêts du jour de la demande en retrait : Chambéry, 27 janv. 1872, préc. — Agen, 27 janv. 1880, D. P. 1880. 2. 187 ; S. 1881. 2. 9. Quant aux intérêts des intérêts, ils ne sont dus que dans les conditions ordinaires réglées par l'article 1154 du Code civil.

(67) Bordeaux, 25 mars 1857, D. P. 1857. 2. 116 ; S. 1858. 2. 289. — Chambéry, 27 janv. 1872 et Agen, 27 janv. 1880, préc. En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 2. 650, p. 172 — Coutra : Cass. req. 15 janv. 1840, S. 1840. 1. 429 : mais, arrêt rendu en matière de retrait litigieux.

complète unité de vue sur ce point (68). Le principe de l'indemnisation a été reconnu par un arrêt de la Chambre civile du 25 novembre 1957 (69). Dans cette espèce cependant, la Cour suprême constate « qu'aucune contestation n'avait été soulevée devant les juges du fond sur la réalité et le montant des dépenses ». On peut le regretter, car si cet arrêt admet sans ambiguïté le principe de l'indemnisation, il ne résout pas clairement le problème du calcul de l'indemnité. Dans cette espèce, en effet, on ne sait s'il s'agit de dépenses nécessaires ou simplement utiles (l'arrêt mentionne indifféremment : améliorations et réparations). On ne sait pas non plus si, en cas de dépenses utiles, la somme allouée représente les déboursés du retrayé ou la plus value.

III. — EPOQUE DU REMBOURSEMENT : UN CAS DE COMBINAISON DES ARTICLES 841 ET 832

En ce qui concerne l'époque du remboursement, on décide que le retrait successoral ne peut être exercé sans qu'il soit satisfait par le retrayant à l'obligation de payer immédiatement le prix de la cession, si le retrayé a payé lui-même, comptant, le cohéritier cédant (70). Le remboursement doit être préalable à l'entrée en possession. Mais lorsque le prix de la cession a été stipulé payable à terme, on admet, d'une manière générale, que le retrayant profite de ce terme (71) à charge pour lui, toutefois, de fournir caution et des garanties si le retrayé l'exige. Et le paiement est considéré comme effectué, si le retrayant a fait des offres réelles, suivies de consignation et validées par jugement passé en force de chose jugée (72).

Notons, pour finir cette section, un curieux arrêt de la Chambre civile du 2 janvier 1952 (73) qui pose le principe d'une combinaison possible du retrait successoral et du droit à l'attribution préférentielle édicté

---

(68) Aubry et Rau, 6e éd., t. 10, par Esmein, p. 139, § 621 ter, b, : le retrayant ne doit aucune indemnité « pour les soins qu'il a donnés aux affaires de la succession ». En ce sens, Cass. 1er juill. 1835, D. 1835. 1. 400 S. 1835. 1. 343.

Rep. civ. Pal vo Succ., no 1339, par M. Breton, « si le cessionnaire a fait des travaux sur les biens héréditaires, il a droit à une indemnité aussi bien pour les améliorations nécessaires que pour les dépenses utiles », celles-ci étant remboursées si elles ont augmenté la valeur des biens et dans la mesure où elles l'ont augmenté. En ce sens : Trib. rég. Sup. de Colmar : 27 avril 1892, D. 1893. 2. 12 Baudyr-Lacantinerie et Wahl, t. 3, no 2678.

(69) Civ. 1re civ., 25 Novembre 1957, D. 1958. 1. 292 ; Bull. civ., 1957, I, no 451, P. 364 ; J. C. P., éd. N., 1958, II, 10911 et note signée G. D. ; V. obs. R. Savatier Rev. trim. dr. civ., 1959, p. 135, no 3.

(70) Trib. Saint Gaudens, 26 déc. 1894, Gaz. Trib. Midi, 17 mars 1895. Cependant dans certains cas le juge peut accorder des délais : Pau, 10 juin 1830, D. 1831. 2. 27. — Bordeaux, 25 mars 1857, préc. Dans l'ancien Droit on accordait un délai de trois mois pour ce remboursement. Cf., arrêt de 1595, rapporté par Chenu, quest. 99.

(71) Cass. civ., 7 janv. 1857, S. 1857, 1. 81.

(72) Cass. civ., 20 avril 1915, D. 1920. 1. 154 ; Gaz. Pal., 1914-1915, 2. 288.

(73) Civ., 1re civ., 2 janvier 1952, D. 1952. 213 ; Bull. civ., 1952, I, no 3, p. 2 ; J. C. P., éd. N., II, 6905, note M. R. Cavarroc. V. obs. R. Savatier, rev. trim. dr. civ., 1952, p. 246, no 1.

par l'article 832 du Code civil, et dont les conséquences se font particulièrement sentir sur le plan du remboursement : c'est pour cette raison que nous avons jugé à propos de l'analyser ici.

L'espèce était la suivante : une personne décède, laissant son époux commun en biens, et pour seule et unique héritière sa petite-fille. Cette dernière demande au principal à exercer le retrait successoral sur une propriété agricole dépendant de la communauté existant entre ses grands-parents et aliénée par son grand-père dans la proportion de ses droits. Le jugement fait droit à sa demande. La Cour d'appel (74), pour les raisons que nous connaissons bien, décide que le retrait doit être restreint à la cession des droits par le conjoint survivant dans la succession de son épouse. Elle ordonne en conséquence une ventilation préalable des biens cédés et du prix de cession.

La Cour de cassation confirme sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel, mais fait droit au pourvoi en vertu duquel l'héritière retrayante demandait subsidiairement l'attribution à son profit de l'exploitation agricole en vertu de l'article 832 du Code civil.

Lorsque l'époux commun en biens a aliéné tout à la fois ses droits héréditaires et les droits lui appartenant dans la communauté, nous savons que la jurisprudence, à tort selon nous, ne rend le retrait possible que pour les premiers.

Mais lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, répondant à des normes précisées par la loi, l'article 832-1 peut suppléer valablement au retrait successoral, cet article ne faisant pas de distinction entre les biens communs et les biens héréditaires : c'est ce que décide l'arrêt que nous venons de rapporter. Il en serait de même pour les biens, autres que l'exploitation agricole de l'article 832-1, énumérés à l'article 832 (loi du 19 décembre 1961), dans l'hypothèse où l'attribution préférentielle est accordée par le juge, ce qui constitue un accord préalable pour que la question puisse se poser.

Sans doute peut-il paraître étrange qu'un héritier parvienne à obtenir par le jeu de l'article 832, ce qui lui est refusé par l'interprétation jurisprudentielle de l'article 841.

En fait, si l'on y regarde de plus près, on peut décider que ces deux textes sont complémentaires en quelque sorte : dans leurs résultats, ils tendent tous les deux à éviter l'éparpillement de l'héritage familial.

Dans notre hypothèse, il n'est donc pas étrange de voir l'article 832 venir au secours de l'article 841 qui fut, peut-être, en son temps, le texte qui servit de modèle au premier : dans les deux cas un membre de la famille, le cédant, semble se désintéresser du patrimoine héréditaire, et le législateur vient, au moyen des textes en question, assurer la protection de la cohésion familiale dans ses intérêts moraux et pécuniaires.

En réalité, c'est bien sur le plan du remboursement, et plus spécialement de l'époque à laquelle il doit être effectué, que la combinaison des articles 841 et 832-1 a des conséquences intéressantes à souligner.

En effet, ainsi que le note M. Savatier (75), la demande d'attribution préférentielle a, sur le retrait successoral, l'avantage de ne pas exiger

---

(74) Pau, 16 juillet 1947.
(75) Rev. trim. dr. civ., loc. préc.

un paiement immédiat des soultes que comporte l'article 832-1. Cet article accorde, en effet, à l'attributaire, un délai de cinq ans sur la moitié du règlement. A cet égard l'article 832-1 semble plus intéressant pour le demandeur (76).

Mais, en fait, le demandeur aura avantage à diviser ses moyens. C'est qu'en effet l'application de l'article 832-1 édicte un paiement représentant la valeur exacte du bien attribué alors que la mise en œuvre de l'article 841 subordonne l'exercice du retrait au remboursement du bien retiré d'après sa valeur au jour de la cession. Et nous savons combien, en période de dévaluation, cette base d'estimation peut être particulièrement profitable pour le retrayant.

Ainsi, dans cette hypothèse, l'héritier, après avoir fait un savant dosage de son intérêt et de ses disponibilités, fera jouer les articles 841 et 832-1, en tenant compte des possibilités qui lui sont offertes par la loi et par la jurisprudence, le tout dans des proportions qui lui seront les plus avantageuses.

Toute cette question du remboursement que nécessite l'exercice du retrait successoral, remboursement s'effectuant sur la base du prix payé lors de la cession initiale, est dominée par le problème de la dévaluation monétaire qui semble avoir rendu une actualité nouvelle à l'institution.

Très certainement le retrayant a un intérêt spéculatif, pas toujours très légitime d'ailleurs, à reprendre un bien dont la valeur, à l'époque où il est retiré, est disproportionnée par rapport à celle qu'il avait lors de la première mutation.

Cet état de choses, dû à la conjoncture économique et non inhérent à l'institution elle-même, n'en constitue pas moins un grave défaut dans l'application pratique de l'article 841, défaut sur lequel nous aurons l'occasion de revenir dans la suite de nos développements.

SECTION III

MODE D'EXERCICE

L'exercice du retrait successoral consiste en une déclaration de volonté par le retrayant qui peut résulter de tout acte faisant positivement connaître son intention (77). Cette manifestation de volonté doit être portée à la connaissance du retrayé d'une manière quelconque. A ce stade, le retrait est opéré sous la condition suspensive, en quelque sorte, de l'acceptation par le retrayé ou de sa validation par la justice. Autrement dit, le retrait peut être amiable ou judiciaire.

En outre, le retrait peut être exercé par un seul ou par plusieurs cohéritiers : ce qui pose la question du bénéfice du retrait.

---

(76) Cet avantage ne se produit que pour l'exploitation agricole répondant aux normes édictées par l'article 832 — 1. Car pour les autres biens visés l'article 832 (depuis la loi du 19 décembre 1961) il est prévu que sauf accord amiable entre les copartageants, la soulte éventuellement due est payable comptant.

(77) Bordeaux, 20 déc. 1898, Rec. Bordeaux, 1899. 1. 177.

I. — RETRAIT AMIABLE. RETRAIT JUDICIAIRE

En toute hypothèse le retrait successoral peut avoir lieu à l'amiable lorsque le retrayé acquiesce à la demande formulée par l'héritier (78).

La loi ne prescrit aucune forme particulière pour l'exercice du retrait successoral (qu'il soit amiable ou judiciaire) sauf, toutefois, si la cession objet du retrait, a été publiée au bureau des hypothèques conformément au décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Dans ce dernier cas, le retrait étant assujetti lui-même par voie de conséquence à la formalité de publicité foncière, l'acte qui le constate doit être notarié.

Dans l'ancien Droit la demande en retrait était subordonnée à l'obtention de lettres de chancellerie : cela s'expliquait par le fait qu'aucune loi n'accordait cette faculté et qu'il semblait nécessaire de demander l'intervention de l'autorité compétente qui, par ces « lettres », faisait, en quelque sorte, une loi particulière pour chaque retrait (79).

Lorsque le retrait est amiable, il constitue, entre le retrayant et le retrayé, un véritable contrat, et à cet égard l'erreur de droit, comme l'erreur de fait, engendre une cause de nullité lorsqu'elle a été le motif déterminant de l'engagement de la partie qui l'invoque. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (80) dans une espèce où le cessionnaire avait consenti amiablement à l'exercice du retrait demandé par un cohéritier, alors que les conditions d'exercice de cette faculté n'étaient pas remplies : le consentement est entaché d'erreur, et la convention doit être annulée.

Lorsque le retrayé n'obtempère pas à la demande du retrayant, ce dernier doit l'assigner devant le tribunal pour faire constater la réalisation du retrait. Cette assignation n'est valable que si elle est régulièrement faite suivant le droit commun (81).

Mais, bien souvent, le retrait pourra être exercé au cours d'une action en partage, moment où se concrétisera l'immixtion de l'étranger à des opérations qui doivent se dérouler entre les membres de la famille, immixtion que le législateur a justement voulu prévenir.

Dans cette hypothèse fréquente, le retrait se présente comme un incident du partage et la demande peut être valablement faite par acte d'avoué à avoué (82). Notons que dans le cas où cette demande n'est pas contestée, nous nous retrouvons en présence d'un retrait amiable.

L'accord amiable ou la décision de justice rendent le retrait définitif. Mais il n'en reste pas moins qu'à l'égard du cessionnaire, la manifestation de volonté du retrayant confère, à elle seule, au profit de ce dernier, un droit acquis qui ne peut plus être détruit par un fait indépendant de sa volonté et le cessionnaire ne peut plus porter atteinte à ce droit (83).

---

(78) Voir in fine, en appendice, un modèle de formule d'acte constatant l'exercice amiable du droit de retrait successoral (Formule I).

(79) Cf. Charondas Le Caron, Pandectes de droit français, ch. XXIX, liv. XIII, rep. 22. Ainsi que le note Pierre Le Maistre (« Sur la Coutume de Paris », nouv. éd., 1741, tit. V, ch IV, p. 150), l'usage finit par disparaître.

(80) Civ., 1re civ., 12 nov. 1957, Bull. civ., 1957, I, n° 428, p. 346.

(81) Caen, 28 mai 1867, D. 1868. 2. 190 ; S. 1868. 2. 271.

(82) Bourges, 18 mai 1844, D. 1845. 2. 166.

(83) Ainsi, par exemple, il ne peut plus conférer une rétrocession des droits successifs, cédés : Civ., 7 janvier 1857, D. P. — 1857. 1. 81.

Le caractère essentiel de l'action en retrait est d'être indivisible : on entend pas là que cette faculté ne peut être exercée que contre la cession tout entière. Ce caractère d'indivisibilité ne souffre qu'une exception que nécessite le respect du principe jurisprudentiel tenant à la nature des droits cédés qui doivent être uniquement des droits successifs.

Ce caractère d'indivisibilité se justifie par le but même du retrait tendant à écarter le cessionnaire du partage. Ce but ne saurait être atteint que si le retrait porte sur tous les droits qui ont été cédés. C'est ainsi qu'on a jugé avec raison, en s'appuyant sur cette considération, que lorsque plusieurs héritiers transmettent leur part à un seul et même tiers non successible, les cohéritiers des cédants ne peuvent poursuivre séparément le retrait de quelques unes des cessions seulement (84). En effet, de toute façon, les droits successifs acquis par une même personne forment entre ses mains une masse unique (85).

L'action en retrait est une action personnelle : c'est dans ce sens que s'est prononcé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble, le 2 octobre 1962 (86), en ces termes : « Le retrait sucessoral... constitue une institution particulière, exorbitante du droit commun, inscrite sans doute dans le Code civil au titre des successions, mais ne faisant pas partie du droit successoral... C'est la seule qualité de co-indivisaire du cessionnaire de part d'hérédité qui conditionne l'action en retrait exercée contre lui, sans qu'avaient à rentrer en ligne de compte les éléments composant sa part d'hérédité... Il s'ensuit que l'action en retrait est par essence une action personnelle... ». Cette qualification est importante puisqu'elle conditionne les règles de compétence. Si l'on admet l'action en retrait comme étant une action personnelle, c'est le tribunal du domicile du défenseur qui sera compétent. Cette position n'a pas emporté la conviction de la doctrine sur le plan des principes juridiques : néanmoins, les auteurs se résignent à cette solution par application des règles de la compétence posées par l'article 59 du Code de procédure civile (87).

Par ailleurs on admet généralement que l'action est mixte lorsquelle est dirigée contre le cessionnaire et contre les tiers détenteurs.

Notons enfin que la demande en retrait est, par sa nature, indéterminée : elle échappe donc à la compétence du tribunal d'instance et reste soumise aux deux degrés de juridiction, quelle que soit l'importance des biens retrayés (88).

Jusqu'à présent nous avons raisonné comme si le retrait était exercé

---

(84) Trib. civ. de Vervins, 29 juillet 1910, Gaz. Pal. 1910. 2. 561. Note de M. Hémard Rev. trim. dr. civ., 1911, p. 169. Dans ce sens également Cass. req. 14 juin 1920, S. Chr. — Trib. Périgueux, 11 déc. 1884, Gaz. Pal. 1881. 1. Sup. 78.

(85) Toulouse, 22 fév. 1840, S. 1840. 2. 318.

(86) Grenoble, 2 oct. 1962, D. 1963, Somm. 54. Cf. également : Lyon, 28 oct. 1931, S. 1932. 2. 217, et la note Vialleton.

(87) P. Level, Recueil Général des Lois, décrets et arrêtés et de la jurisprudence et Répertoire Commaille, 1963, p. 204 n° 132. — Solus et Perrot, traité de droit judiciaire privé, t I, n° 137. — Morel, traité élem. de proc. civ., n° 557.

(88) Colmar, 18 nov. 1842, J. des Avocats, 1843, p. 382. — Montpellier, 18 nov. 1853, D. 1855. 2. 90 ; S. 1854. 2. 20. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Suc. III, n° 2615 et 2666.

par un seul cohéritier. Il nous faut maintenant examiner l'exercice du retrait soit par plusieurs cohéritiers, soit par un seul en présence d'autres cohéritiers.

II. — RETRAIT COLLECTIF OU INDIVIDUEL : BENEFICE DU RETRAIT

L'article 841 édicte que le retrait peut être exercé « soit par tous les cohéritiers (du cédant), soit par un seul ».

Il découle donc de la loi que chaque cohéritier possède individuellement le droit d'exercer le retrait successoral mais qu'aussi bien tous les cohéritiers ou qeulques-uns d'entre eux peuvent se présenter ensemble pour l'exercer et, dans ce cas, les bénéfices et les charges devront être partagés entre eux. Mais comment se fera ce partage ?

La jurisprudence décide qu'il doit avoir lieu dans la proportion des droits héréditaires (89).

Certains auteurs décident, au contraire, que ce partage doit se faire par tête : en effet, disent-ils, de quelle importance peut être ici le montant de la part héréditaire, puisque chaque héritier a le droit d'exercer le retrait pour le tout (90).

Pour notre part, nous sommes tentés de suivre l'opinion de ces auteurs : le bénéfice du retrait ne doit pas devenir une valeur de succession et comme telle être soumise à partage suivant la dévolution héréditaire. D'ailleurs le retrait n'a pas été créé pour faire réaliser un bénéfice à celui ou à ceux qui l'exerce. Si le cédant n'avait rien aliéné, les valeurs retrayées n'auraient jamais fait partie du patrimoine de chacun des retrayants.

Ces considérations montrent assez bien à quel point le retrait successoral est une institution qui, malgré son nom, ne devrait pas être servilement rattachée au droit successoral proprement dit : il dépasse ce cadre malgré les circonstances dans lesquelles il joue, et revêt à maints égards un aspect extra-successoral

Ceci est tellement vrai que, si un seul des cohéritiers exerce le retrait successoral pour son compte, il n'est pas tenu d'en communiquer le profit à ses cohéritiers (91). Pour cela, il faut, en tout cas, que le retrait soit un fait accompli, c'est-à-dire qu'il doit être consommé (même si le prix de la cession n'est pas payé), soit par le consentement du cessionnaire, soit par un jugement rendu à l'encontre de ce dernier et ayant acquis

---

(89) Toulouse, 11 fév. 1888, S. 1890. 2. 222 : Trib. Périgeux, 11 déc. 1884, Gaz. Pal. 1885, I, Suppl. 78.

(90) Laurent, X, n° 372 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Suc. III, 2. 616 — C'était la solution de l'ancien Droit : Cf. Ferrière, Cout. de Paris, art. 108, nos 75 et 76.

(91) Cass. civ. 28 juin 1836, D. 1836. I. 252e; S. 1836. 1. 547. — Besançon, 12 janv. 1808, S. 1808. 1. 551. — Montpellier 7 juill. 1824, S. 1825. 2. 213. — Bastia 23 mars 1835, D. 1835. 2. 58 ; S. 1853. 2. 350. — Bordeaux, 20 déc. 1898, J. arr. Bordeaux, 1899. 1. 177. — Desjardins, « du retrait successoral », Rev. prat. drt. français, 1870, n° 36, t 30, P. 571. — Contra, Eustache Pilon. Rev. trim. dr. civ., 1903, n° 4, p. 392 et s.

l'autorité de la chose jugée (92). Notons à ce sujet qu'il a même été jugé que l'intervention des cohéritiers demandant à bénéficier du retrait, en appel, était tardive (93).

Il faut toutefois signaler l'exception suivante : lorsque le retrait est exercé par un seul des successibles de l'héritier qui se trouvait, avant son décès, investi de ce droit, l'action en retrait, étant dans ce cas précis une valeur successorale, doit être communiquée, sur leur demande, à toutes les personnes qui recueillent la succession considérée (94).

L'étude des conditions d'ouvertures du retrait successoral nous avait laissé supposer que cette institution était étroitement soudée au droit successoral lui-même. Dans le présent chapitre où nous avons examiné la technique du retrait, il nous a été donné de constater une certaine autonomie du retrait successoral par rapport au droit héréditaire, particulièrement à l'occasion des questions relatives au remboursement, au caractère de la demande et au bénéfice du retrait. Ainsi le jeu même du retrait rejoint les idées ayant présidé à sa création dans l'ancien Droit. Et c'est bien là un des aspects curieux de cette institution aux caractéristiques multiples qui la rendent singulièrement intéressante. Ce particularisme, nous allons le retrouver, sous un autre angle, dans l'analyse des effets du retrait successoral.

---

(92) Cass. 28 juin 1836, préc. — Limoges, 30 juin 1852, D. 1854. 2. 109 ; S. 1852. 2. 569. — Trib. Périgueux, 11 déc. 1884, préc. — Trib. Espalion, 22 janv. 1886, Gaz. Pal. 1886. 1. 366.

(93) Riom, 9 mars 1846, D. 1846. 2. 121.

(94) Toulouse, 11, fév. 1888, S. 1890. 2. 222 ; Rép. gén. Not. 1889 ; p. 463.

CHAPITRE V

LES EFFETS DU RETRAIT SUCCESSORAL

L'analyse du retrait successoral met en présence trois personnes : le cédant, le retrayant et le retrayé, ayant leurs droits et leurs obligations auxquels se mesurent les effets de l'institution.

Si la nature juridique du retrait successoral et des retraits en général, pouvait s'analyser par une référence absolue à un mécanisme habituel de notre droit, l'étude de ses effets constituerait une simple application de principes qui coulerait de source.

En fait l'assimilation du retrait successoral à un concept général ne peut jamais être poussée à fond à telle enseigne qu'il semble beaucoup plus aisé de déterminer ce qu'il n'est pas que ce qu'il est vraiment. L'étude de ses effets nous place au cœur de ce problème en nous révélant en quelque sorte un dilemme : les effets du retrait successoral ne paraissent-ils pas se résumer entièrement dans deux propositions antinomiques qui constituent ses éléments essentiels ? Le retrait successoral opère la substitution rétroactive du retrayant au retrayé d'une part, d'autre part, il y a survivance d'un lieu contractuel !

La charnière de cette antinomie juridique nous paraît être la rétroactivité à travers laquelle nous allons exposer la dualité d'effets du retrait successoral en étudiant successivement l'effet rétroactif du retrait et les limites de cet effet rétroactif.

SECTION I

L'EFFET RETROACTIF DU RETRAIT SUCCESSORAL

Les effets du retrait successoral se manifestent principalement dans les rapports du retrayant et du cessionnaire retrayé : puisque le retrait a pour but de consacrer l'éviction du retrayé par la substitution du retrayant qui va devenir le propriétaire définitif des biens objet du retrait.

Seule, la rétroactivité peut consacrer ce droit et assurer l'efficacité pratique du changement de propriétaire.

En effet, avant que le retrait ne soit exercé par le retrayant, ce dernier ne possède aucun pouvoir sur les biens qui doivent en faire l'objet et la propriété repose uniquement sur la tête du cessionnaire.

Durant cette période le cohéritier, futur retrayant, ne possède qu'un droit : celui d'exercer le retrait, faculté dont la loi lui laisse l'exercice en toute liberté. Dans cette conjoncture il est bien malaisé de prétendre que le retrayant a un droit préexistant comme l'ont soutenu certains auteurs (1)

Ces auteurs ont imaginé des constructions ingénieuses pour expliquer justement l'effet rétroactif du retrait en démontrant par la théorie de la préexistance du droit, le caractère déclaratif du retrait.

Certes le retrayant a une vocation à la propriété exclusive des biens héréditaires, mais ainsi que le souligne M. Merle (2), cette vocation ne suffit pas à rendre le retrait déclaratif, car « il faudrait un droit réellement et certainement préexistant : autrement dit que le retrayant ait eu la propriété du bien depuis le jour où le cédant l'a aliénée ».

En réalité le cessionnaire, futur retrayé, doit être considéré comme propriétaire des biens jusqu'à la demande en retrait. Il s'agit là d'un point qui ne saurait faire de doute. Sa situation à cet égard pourrait s'assimiler à celle d'un grevé de substitution ; la propriété ne pouvant être flottante ou incertaine les droits qui en découlent résident entièrement dans les mains du cessionnaire tant qu'il possède et il n'y a, dans cette situation, place à aucun démembrement de la propriété : la cession ne confère aucune attribution concurrente au cessionnaire et au futur retrayant d'éléments dissociés d'un même droit. Avant le retrait, le cessionnaire possède un droit exclusif de propriété et le retrayant n'a que l'exercice d'une faculté.

Pour nous, l'effet rétroactif du retrait successoral ne peut se fonder sur les conséquences d'une classification des retraits dans telle ou telle catégorie d'actes juridiques : nous en constaterons d'ailleurs l'impossibilité. Il ne doit pas davantage être fondé sur une fiction : bien au contraire, la rétroactivité consacre la réalité pratique du retrait, effet sans lequel il n'existerait pour ainsi dire plus. Le fondement de l'effet rétroactif réside dans le retrait lui-même dont il ne peut être dissocié et sans lequel il faillirait à sa mission ; il tient à la nature de cet acte dont il est le complément technique indispensable. L'opinion de Wahl est intéressante à souligner à ce sujet : « la rétroactivité s'impose comme une nécessité quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la nature du retrait. Le droit d'exercer le retrait n'existerait qu'en théorie s'il était permis au retrayé, soit de vendre les biens acquis, ou de les grever d'hypothèque » (3).

L'effet rétroactif est donc la garantie indispensable de la réalisation

---

(1) Cf. Pilon, Principes et technique du droit, d'enregistrement, T. I, n° 170, qui déclare qu' « une personne qui n'est pas propriétaire d'un bien a comme un droit éventuel à le devenir » et consacre ainsi un droit de propriété sous-jacent du retrayant. Cf, également, Voirin, Cours de drt. civ. de Ch. Beudant, par R. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonnière, t. IV, les Biens, p. 706, 3°, pour lequel la cession primitive engendre au profit du retrayant un droit « latent » à obtenir la propriété de la chose cédée. Il y aurait alors, incertitude de la véritable propriété jusqu'à l'exercice du retrait ou bien jusqu'à ce que cette faculté soit éteinte.

(2) R. Merle, « Essai de contribution à la théorie générale des actes déclaratifs », Thèse, Toulouse, 1948, p. 50 et s.

(3) Note au S. 1893. 1. 17.

effective du retrait : en ce sens il joue un « rôle technique créateur comme remède à l'inexistence d'un droit dans le passé » (4).

Mais dans quel sens va-t-il se manifester ?

Essentiellement il vient briser les conséquences du lien apparent d'ayant cause à auteur d'entre retrayant et retrayé de telle sorte qu'il y a absence de mutation entre eux, et il assure l'éviction du retrayé.

I. — ABSENCE DE MUTATION ENTRE RETRAYANT ET RETRAYE

Effectivement le retrait n'est pas une deuxième cession : on ne peut, en aucun cas, considérer que les droits successifs ont été cédés par l'héritier cédant au cessionnaire retrayé, puis cédés à nouveau par ce dernier au cohéritier retrayant. Il n'y a qu'une seule cession dont le retrait détermine le bénéficiaire définitif : le retrayant n'est pas acquéreur du retrayé (5).

De cette absence de mutation entre le retrayé et le retrayant, il s'ensuit que le retrait successoral ne donne ouverture à aucun droit proportionnel d'enregistrement (en effet le remboursement par le retrayant au retrayé donne ouverture au droit fixe des actes inommés) : n'est-ce pas là une raison supplémentaire étayant la conviction que nous venons d'exprimer ! A titre de comparaison, signalons, par exemple, que les droits de mutation par décès sont dus sur l'exercice du droit de retour légal à propos duquel l'administration estime qu'il y a nouvelle mutation. Pour le retrait successoral la question semble ne pas faire de doute dans l'esprit des fonctionnaires de l'enregistrement, qui sont des civilistes, ne l'oublions pas, et qui n'ont pas l'habitude de laisser une mutation échapper à l'imposition !

C'est également cette absence de déplacement de propriété qui légitime pour certains auteurs l'inutilité de soumettre l'acte de retrait (contrat ou jugement) à la formalité de la publicité foncière (6), en se fondant également sur le fait que les augmentations de parts indivises immobilières réalisées entre les mains du retrayant ne doivent pas faire l'objet d'une transcription particulière et distincte de celle imposée à l'acte de partage dans son ensemble. Certes le décret du 4 janvier 1955 (7) n'est pas explicite à cet égard : il vise bien, dans son article 28-4°e, les actes déclaratifs, mais cette référence n'est pas suffisante à l'égard du retrait qui ne peut être considéré comme purement déclaratif ainsi que nous l'avons noté et ainsi que nous le vérifierons lorsque tous ses effets auront été analysés.

---

(4) Jean Deprez « La rétroactivité dans les actes juridiques », Thèse, Rennes, 1953, p. 152.

(5) Contra, Wahl, note au Sirey, précité, qui analyse le retrait successoral en une vente dans les rapports retrayé-retrayant. Ce qui nous paraît inutile, puisque le retrayant prend la place du retrayé une fois le remboursement effectué ou assuré par des garanties : leurs relations cessent dès que cette condition d'exercice du retrait est remplie.

(6) Cf. E. Becqué, la réforme de la publicité foncière, J. C. P., 1955, I, 1. 226, n° 63 e — Planiol et Ripert, par Maury et Vialleton, t. IV, n° 562.

(7) J. O. 7 janvier 1955 et rectificatif J. O. — 27 janvier 1955. D. 1955, 44.

A notre avis, la solution semble devoir être recherchée dans un autre sens qui réside dans le respect de l'esprit de la réforme de la publicité foncière qui n'a pas, dans notre cas, visé expressément le retrait pour cette seule raison qu'il échappe aux classifications habituelles.

La réforme a eu pour but notamment de réaliser l'absence de lacunes dans la chaîne des transmissions des droits réels quelle que soit la manière au moyen de laquelle cette transmission s'opère : la réforme ayant tendu à soumettre à la publication tous les actes pouvant affecter le droit de propriété des immeubles. Pour nous il ne fait pas de doute que le retrait doit être obligatoirement publié. D'ailleurs la cession initiale de droits successifs a elle-même été obligatoirement transcrite sans cela elle eut été inopposable aux tiers et aux cohéritiers alors même qu'ils seraient devenus héritiers du cédant (8).

Un argument a contrario vient, semble-t-il, étayer ce point de vue : si le retrait n'est pas publié, le retrayé demeure aux yeux des tiers le propriétaire des droits successifs qu'il avait acquis, et il pourrait, théoriquement, sans grande utilité sans doute, consentir des affectations hypothécaires, voire même de nouvelles aliénations.

Par ailleurs, rien n'interdit au retrayant de consentir, à son tour, une cession de droits qu'il avait retrayés, cession paradoxale, mais néanmoins possible, qui serait passible d'un nouveau retrait par les cohéritiers. Une telle cession ne pourrait avoir une origine de propriété régulière que par le moyen d'un retrait publié.

Il faut ajouter que le retrait n'opérant pas une mutation doit être publié au droit fixe (et non au droit proportionnel) comme l'attestation immobilière après décès, par exemple.

Mais notons le bien, si nous estimons que le retrait doit être publié, c'est pour des raisons de pure technique concernant le fichier immobilier, où doit être matérialisée la substitution de personnes réalisée par le retrait en écartant évidemment toute idée de transfert de propriété.

Du fait que le retrait successoral n'est pas une mutation, le retrayant n'étant pas l'ayant cause du retrayé, ce dernier ne lui doit pas la garantie (9) : par voie de conséquence c'est, au contraire, le cédant qui la doit au retrayant (10).

---

(8) Et le retrait successoral exercé sur la base d'un tel acte leur est également inopposable s'il n'est transcrit : Grenoble, 22 octobre 1945, D. 1947. 75, note A. C. Cf. Req. 18 mai 1931, D. H. 1931. 347 ; Gaz. Pal. 1931. 2. 345. La décision de justice ordonnant la rétrocession des droits acquis sur une quote-part d'une hérédité immobilière est soumise à la même publicité que l'acte notarié par lequel ces droits avaient été acquis.

(9) Il en résulte que le retrayant ne peut demander ni obtenir la suspension du payement du prix de la cession, sous prétexte qu'une action en pétition d'hérédité introduite par un tiers menacerait d'éviction le retrayant et que le retrayé doit garantir l'hérédité retirée (Civ., 27 janv. 1892, D. P. 1892. 1. 113 ; S. 1893. 1. 17, Note A. Wahl ; Gaz. Pal. 1892. 1. 238. — Il s'ensuit que les articles 1653 et 1696 du Code civil sont inapplicables en notre matière.

(10) « Devant, d'ailleurs, à leurs cessionnaires, en leur qualité de cédants, la garantie de leur fait personnel, c'est par l'effet du retrait successoral, vis-à-vis du retrayant qu'ils ont l'obligation de garantie susvisée, en sorte qu'il leur est interdit de rien faire qui soit de nature à mettre obstacle à l'exercice de ses droits sur la créance comprise dans les cessions », Lyon, 28 oct. 1931, S. 1932. 2. 217, note Vialleton.

Toujours pour les mêmes raisons, le retrayé ne peut invoquer le privilège de vendeur, mais il peut bénéficier du privilège de copartageant dans l'hypothèse où le retrait met fin à l'indivision (11).

Le retrayant n'étant pas relié au retrayé par un lien contractuel, il est indispensable, avions-nous dit, que l'effet rétroactif vienne briser les conséquences résultant du fait que le retrait a été propriétaire intérimaire, en quelque sorte, des droits successifs, lesquels se trouvent, par suite du retrait, dans le patrimoine du retrayant, sans qu'il y ait rapport d'ayant cause à auteur.

II. — L'EVICTION DU RETRAYE (PAR SUBSTITUTION RETROACTIVE DU RETRAYANT)

Par l'effet rétroactif du retrait, l'héritier retrayant est subrogé au cessionnaire dans les droits successifs acquis par ce dernier : le marché primitif reste le même, il n'y a de changé que le titulaire du contrat. Le retrait réalise la dépossession du retrayé par la seule volonté du retrayant, lequel, doit être mis « dans l'état où avait été le cessionnaire au moment de son acquisition » (12)

Il en résulte évidemment un certain nombre de conséquences..

Ainsi le retrayant profite de tous les avantages réalisés depuis la cession jusqu'à l'exercice du retrait : par exemple, l'extinction d'une rente viagère ou la révocation d'un testament. Il bénéficie également, ainsi que nous l'avons noté en étudiant les questions relatives au remboursement, du délai accordé au cessionnaire pour le payement du prix (13).

Par contre, le retrayant doit « reprendre la chose dans l'état où elle était lors de l'acte avec toutes les charges et toutes les causes d'éviction qui y étaient attachées et qui n'émanent pas du retrayé » (14). C'est une illustration supplémentaire de la situation résultant du fait que le retrayé ne doit pas la garantie au cédant.

L'exercice du retrait successoral et la rétroactivité qui lui est indissolublement attachée ont pour effet principal d'emporter la résolution des droits, de quelque nature que ce soit, consentis par le retrayé au profit

---

(11) Bordeaux, 12 juil. 1858, D., jur. gén. suppl., v° Succession, n° 1228 ; Jour. arr. Bordeaux, 1858, p. 337. A ce sujet, Wahl (Note au S. 1893. 1. 19, col. 1) émet cette opinion que le retrayé ne peut se prévaloir que de l'action en résolution attachée à tout acte synallagmatique. C'est un corollaire de sa théorie retrait-vente qui reste une opinion isolée.

(12) Cass. civ., 27 janv. préc.

(13) Notons à ce sujet que le retrayé doit remettre au retrayant tous les titres de propriété relatifs aux biens retrayés : cf, en ce sens, pour le retrait litigieux ; Paris, 2 avril, 1881, S. 1882. 2. 31 ; D. 1883. 1. 293.

(14) Civ. 27 janv. 1892, préc.

Ainsi également la cession de ses droits, consentie par l'un des héritiers à un tiers, ne fait pas s'évanouir l'hypothèque légale de son pupille qui grevait la part indivise du cédant dans les immeubles de l'hérédité (et qui devrait actuellement avoir été inscrite pour être opposable) si aucun partage de la succession n'a été opéré. Et le retrait successoral exercé par les cohéritiers du cédant ne modifie pas la situation, ce retrait n'ayant pas mis fin à l'indivision : Civ., 23 avr. 1918, D. P. 1920. 1. 99 ; S. et P. 1922. 1. 10. Cf à ce sujet la distinction entre le retrait successoral et la licitation au profit de certains cohéritiers : note Esmein, sous Req. 16 fév. 1887, S. 1888. 1. 257.

des tiers. Cette proposition est légitimée par cette double raison qu'acquéreur de biens passibles du retrait il n'a pu conférer que des droits de même nature que les siens, donc retrayables, et que le retrayant, n'étant pas son ayant cause, ne saurait être tenu de respecter les droits qu'il a consentis.

Ainsi toutes aliénations, constitutions de droits réels, de servitudes ou d'hypothèques consenties par le cessionnaire s'évanouissement rétroactivement et il en est de même des saisies-arrêts pratiquées sur les créances héréditaires par les créanciers du retrayé. De même, le retrayant va pouvoir revendiquer la quote-part acquise par le cessionnaire retrayé, dans la faillite de ce dernier.

Ces considérations démontrent, sous un autre angle, le caractère de la demande en retrait, analysé dans notre précédent chapitre : l'action en retrait est personnelle lorsqu'elle est dirigée contre le cessionnaire seul, alors qu'elle devient mixte lorsqu'elle est dirigée à la fois contre le cessionnaire et contre les tiers détenteurs.

Le principe de la rétroactivité commande également que les droits que le retrayé pouvait avoir contre la succession ou que la succession pouvait avoir contre lui et qui s'étaient éteints par confusion, renaissent comme si la confusion n'avait jamais eu lieu.

Ainsi le retrait successoral, dont l'effet principal est un effet rétroactif, revêt un caractère juridique singulier puisqu'il s'exprime en un droit réel opposable au sous-acquéreur en attribuant au retrayant la source de ses droits dans la convention originaire intervenue entre le cédant et le retrayé.

Un tel effet est naturellement fort grave sur le plan des principes juridiques, mais nous avons déjà dit que l'efficacité du retrait était à ce prix : le retrait étant rétroactif par sa nature et inopérant sans cette qualité.

Cependant il ne faut pas s'exagérer la gravité de cette résolution rétroactive et cela pour deux raisons :

Notons tout d'abord que l'effet ainsi constaté se trouve fréquemment en parrallèle avec un effet voisin, l'effet déclaratif du partage qui annulerait tout aussi bien les droits conférés par le retrayé : il ne faut donc pas monter en épingle l'importance de la résolution rétroactive que nous venons de constater et que certains mécanismes de notre droit consacrent.

D'autre part, nous voulons insister sur le fait que cette rétroactivité ne doit nullement être considérée comme une fiction ainsi qu'on le souligne généralement par les phrases suivantes : « le retrayant est censé avoir eu la propriété du bien acquis depuis le jour où la cession primitive a été consentie » — ou bien : « le retrayé est censé n'avoir jamais eu la propriété du bien ».

La suite de nos développements va prouver le contraire. En effet, n'est-ce pas à sa date que le retrait produit tous ses effets ? Tous les actes du retrayé sont-ils annulés avec les liens qui unissaient le cédant et le retrayé ? A quelle époque le retrayant acquiert-il en réalité la propriété des biens retirés ? En d'autres termes l'effet rétroactif du retrait successoral est-il total ou limité ? C'est ce que nous allons examiner en analysant les limites à cet effet rétroactif.

SECTION II

LES LIMITES DE L'EFFET RETROACTIF

Les effets que nous avons analysés jusqu'à présent, tous commandés par la rétroactivité, gouvernent, constatons-le, les rapports du retrayant et du retrayé. C'est dans ce domaine, semble-t-il, que l'effet rétroactif doit être cantonné, car c'est la juste mesure de son utilité.

Cette constatation a été parfois présentée comme une exception à la rétroactivité (15). Théoriquement, la rétroactivité devrait être absolue : tous les rapports juridiques antérieurs devraient s'effacer. Or, nous allons voir qu'il n'en est rien et que son but étant d'aplanir les obstacles pouvant s'opposer à la substitution, il est normal qu'elle ne joue plus lorsque les rapports retrayant-retrayé ne sont plus en jeu. Il n'y a pas là exception au principe rétroactif : les effets qui vont être analysés maintenant étant hors de son domaine. S'il en était autrement le concept fiction reprendrait toute sa signification.

L'effet rétroactif ne doit pas concerner certains actes du retrayé, les rapports du cédant et du retrayé, les rapports du cédant et du retrayant, et les rapports du retrayant et de ses ayants-cause.

I. — LE RETRAYE, PROPRIETAIRE INTERIMAIRE

L'effet rétroactif, bien loin de faire abstraction de la situation antérieure, implique nécessairement son existence ; bien au contraire, il suppose que les actes qui vont être effacés étaient originairement valables.

En général la jurisprudence, soucieuse de tenir compte, dans une certaine mesure, de la situation passée, consacre la validité des actes d'administration.

A notre avis, une telle solution doit être admise pour le retrait successoral : les actes du retrayé, opposables au retrayant, seront donc les actes d'administration, les obligations contractées pour la conservation ou l'entretien des biens, les baux passés dans la limite des pouvoirs d'un administrateur, les paiements reçus, les fruits perçus. En fait, la jurisprudence ne nous donne pas d'exemples de décisions ayant apporté une solution sur cette question. Sans doute parce que cette conjoncture se présente rarement. Il faut, en effet, supposer que le retrayé ait possédé quelques biens de la succession, hypothèse qui se vérifie cependant dans le cas où la cession a eu lieu après un partage provisionnel entre le cédant et ses cohéritiers.

Par ailleurs, nous avons déjà vu que si le cessionnaire avait fait des constructions sur les biens héréditaires, le retrayant ne peut le forcer à les détruire : il devra, au contraire, payer au retrayé une indemnité en raison des constructions et travaux faits sur les biens retirés (16).

---

(15) Planiol et Ripert, t. IV, par Maury et Vialleton, n° 561.

(16) Cf. Trib. rég. sup. Colmar, 27 avril 1892, D. P. 1893. 2. 12 (rendu par interprétation de Droit français). Le retrayé est en effet un possesseur de bonne foi et nous estimons que l'al. 4. de l'art. 555 et du Code civ. dans sa nouvelle rédaction résultant de la loi du 17 mai 1960, s'applique au retrayé qui, au

En réalité, un des effets les plus originaux du retrait successoral au regard de sa rétroactivité, réside dans le maintien de la cession initiale dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire retrayé.

Nous savons que pour exercer le retrait successoral, le retrayant a dû rembourser au retrayé le prix de la cession et les frais et loyaux coûts du contrat : remboursement qui constitue une condition de l'exercice du retrait successoral et non un effet ; c'est la raison pour laquelle nous avons étudié cette question dans notre chapitre précédent. Mais ce qu'il est fondamental de noter ici, c'est que le remboursement du retrayant au retrayé marque une des limites de la rétroactivité du retrait : en effet, si cette rétroactivité avait été absolue, le remboursement aurait été effectué par le retrayant au cédant et le retrayé se serait retourné contre le cédant pour obetnir le dédommagement qu'il est en droit, en toute hypothèse, de réclamer.

Or l'exercice du retrait successoral n'anéantit pas les obligations du retrayé vis-à-vis du cédant ; il reste obligé au paiement de son prix (17). C'est qu'en effet le retrayant contracte une dette personnelle d'indemnisation envers le retrayé, il n'est pas substitué à la dette de celui-ci envers l'héritier cédant. D'où il résulte que le retrait n'opère pas novation par changement de débiteur, mais, au contraire, il laisse subsister la créance originaire. C'est pour cette raison, par exemple, que dans le cas où le cohéritier a cédé ses droits successifs à un tiers moyennant une rente viagère, il peut, malgré l'exercice du retrait successoral par ses cohéritiers, poursuivre contre le cessionnaire le paiement intégral des arrérages de cette rente et refuser les offres faites par le retrayant.

Ainsi donc, c'est uniquement aux droits du retrayé que le retrayant est subrogé ; mais nullement à ses obligations envers le cédant. La survivance d'un lien contractuel entre le retrayant et le retrayé constitue un trait traditionnel du retrait (18). Notons toutefois que la doctrine admet de plus en plus facilement l'action directe du cédant contre le retrayant pour le paiement du prix. Mais, à notre avis, ce n'est là qu'un moyen de parvenir au remboursement par le biais de la délégation ; et en toute hypothèse le cédant pourrait toujours valablement s'y opposer. Il reste qu'il peut être préférable pour lui que l'opération s'effectue de la sorte.

Ici encore nous constatons la nature particulière du retrait successoral qui implique qu'il n'y ait théoriquement aucun rapport entre le cédant et le retrayant et par suite ne subroge pas ce dernier aux charges de la cession.

Et c'est bien pour la même raison, résidant dans le fait que le retrait ne produit pas d'effets à l'égard du cédant, que celui-ci, lorsqu'il prétend avoir été lésé, ne peut exercer l'action en rescision contre le retrayant (19).

---

surplus, a le droit à notre avis, de retenir la chose jusqu'à ce que l'indemnité prévue lui ait été versée par le retrayant

(17) Cass. civ., 7 janv. 1857, S. 1857. 1. 369 ; D. 1857. 1. 81. — Bordeaux, 24 juill. 1850, D. 1855. 2. 214. Cette doctrine se trouve savamment établie dans une dissertation de Brives-Cazes, rev. de législ., t. 1, 1851, p. 61.

(18) Dumoulin, Cout. de Paris, tit. des fiefs, titre 1er, § 20, G 1. 8, n° 7. — Pothier, Des retraits, n^{os} 300 et 427. — Planiol et Ripert, t. X, par Hamel, n° 322.

(19) Trib. civ. d'Ajaccio, 24 janv. 1936, Gaz. Pal., 1936. 1. 589. Note R. Savatier, Rev. trim. dr. civ., 1936, p. 522 (n° 5).

En fait la question ne se pose pas souvent, car la cession initiale. portant sur la totalité ou une quote-part de la succession, en principe, présente très fréquemment un caractère aléatoire qui exclut par définition l'action en réscision du cédant. Mais ainsi que l'observe M. René Savatier (20), ce caractère aléatoire est loin d'être toujours assez prononcé et dans l'hypothèse où l'action en rescision de plus des sept douzièmes pourrait être théoriquement admise, il se pose alors un problème de fait qui aboutit à une impasse : en effet, si l'action en rescision est exercée par le cédant après que le retrait successoral ait été opéré, elle ne peut plus être intentée contre le cessionnaire retrayé puisque son droit sur les biens retirés a été rétroactivement anéanti au profit du retrayant. L'action en rescision manque donc d'objet et n'est pas recevable.

Pareillement elle ne peut pas davantage être intentée par le cédant contre le retrayant puisque ces deux personnages sont étrangers l'un par rapport à l'autre et que le retrayant n'étant pas subrogé aux charges du retrayé le cédant n'a pas d'action directe contre lui, pas plus que pour le paiement du prix. La rétroactivité est inopérante dans ce domaine.

Dans l'hypothèse où la cession avait été faite par un cohéritier dans une succession à laquelle ne sont appelés que deux héritiers, le retrait successoral exercé par le cohéritier contre la cession consentie par son cohéritier à un étranger a pratiquement et indirectement pour effet d'opérer le partage entre les deux successibles (ses effets peuvent s'assimiler à ceux d'une cession faisant cesser l'indivision). Peut-on alors prétendre que le cohéritier cédant aurait contre le retrayant l'action en rescision pour lésion de plus du quart ?

Aux raisons invoquées, s'ajoute à ce cas d'espèce une autre justification en faveur d'une solution négative : le retrait successoral ne change pas la nature de l'acte intervenu entre le cédant et le cessionnaire. Par définition, cette cession avait été consentie au profit d'un étranger : elle n'était donc pas un partage, mais bien une vente qui ne saurait être en aucun cas soumise à l'action en rescision pour lésion de plus du quart. La nature juridique de la cession initiale, telle qu'elle résulte de la personne du cessionnaire primitif, ne peut être changée (21).

Là encore, l'effet rétroactif du retrait ne doit pas s'appliquer rigoureusement et dans son entier.

Il ne doit pas davantage jouer dans les rapports des parties au retrait avec leurs ayants-cause.

---

(20) Note, rev. trim. dr. civ., préc.

(21) C'est bien, parce que retrayant et cédant sont étrangers l'un par rapport à l'autre en ce qui concerne le retrait qu'un arrêt de la Cour de Lyon (du 28 oct. 1931, S. 1932. 2. 217, déjà analysé à propos du caractère de la demande en retrait), dénie au litige survenu entre eux à ce sujet le caractère de « demande entre héritiers » et prononce l'incompétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. C'est que le cédant n'est aucunement fondé à discuter le retrait qui est pour lui « res inter alios acta » — application de l'art. 1165, C. civ.

II. — LES PARTIES AU RETRAIT ET LEURS AYANTS-CAUSE

La rétroactivité n'a aucun rôle à jouer dans les rapports du retrayant avec ses ayants-cause : à cet égard, les biens, objet du retrait, n'entrent dans le patrimoine du retrayant qu'au jour où le retrait est effectué.

Ainsi, prenons l'exemple d'une femme, cohéritière dans une succession encore indivise, qui vient de se marier après que l'un de ses cohéritiers a consenti à un étranger une cession de ses droits successifs. Elle adopte le régime dotal et se constitue en dot tous ses biens présents. Postérieurement à son mariage, elle exerce le retrait successoral : la jurisprudence décide que les biens ainsi rentrés dans son patrimoine ne sont pas dotaux mais paraphernaux (22). En effet, ils n'ont été acquis qu'après le mariage et il n'est nullement utile à l'efficacité du retrait de les réputer fictivement dotaux.

La même question pourrait se présenter en ce qui concerne les ayants-cause du retrayé. Un acheteur de droits successifs, dépendant d'une succession purement immobilière, se marie et adopte le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts ; après la célébration du mariage, le retrait est exercé contre lui. Nous estimons que le prix qui lui sera remboursé lui restera propre. On pourrait objecter qu'il n'était alors propriétaire d'une quote-part de biens immobiliers indivis que sous la condition que le retrait ne soit pas exercé. A notre avis, cette objection ne serait pas valable car l'exercice du retrait, ainsi que nous le savons, n'est soumis à aucun délai tant qu'un partage n'est pas intervenu. Dès lors, tant que le retrait n'est pas exercé, la situation apparente doit être tenue comme étant l'expression de la réalité.

Les effets du retrait successoral démontrent la nature particulière et hybride de cette institution qui n'est ni un acte déclaratif, ni un acte translatif, tout en étant les deux à la fois. A la base se trouve l'effet rétroactif jouant dans toute la mesure où il est nécessaire pour consacrer l'efficacité du retrait et dont les conséquences sont écartées chaque fois qu'il devient fiction. Le jeu de cet effet rétroactif est compliqué ici du fait que trois personnes sont en présence et demeurent en présence.

Le retrait successoral réalise la substitution d'une personne à une autre, sans lien d'ayant-cause à auteur, dans le bénéfice d'une acquisition antérieurement intervenue, avec survivance du lien contractuel unissant les acteurs de la première cession. Ce retrait s'opère par la puissance de la loi et la seule volonté du retrayant.

---

(22) Cass. civ., 31 mai 1859, D. P. 1859. 1. 241.

CHAPITRE VI

ANALYSE CRITIQUE ET PROJETS DE REFORME

Ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre concernant son évolution historique, le retrait successoral a trouvé son origine dans l'ancien Droit. Cette provenance lointaine, en marge de retraits assurant un privilège contraire aux idées qui présidèrent à la rédaction du Code civil, ne fut pas étrangère aux critiques que l'on a formulées à son encontre, en suscitant une certaine confusion dans les esprits. Quoiqu'il en soit, dans un univers juridique en création continue, et malgré de nombreux détracteurs, le retrait successoral a poursuivi une carrière discrète et, pour survivre, il a parfois forcé l'interprète à affiner les analyses classiques, inventer des distinctions et infliger un gauchissement à un texte dont la teneur littérale remonte à 1804.

Il nous paraît donc utile, maintenant, de rechercher s'il est souhaitable de maintenir le retrait successoral dans notre droit : la réponse à cette question sera donnée par l'analyse critique que nous nous proposons d'en faire.

Au résultat de cette analyse. et dans l'hypothèse où nous militerons en faveur de son maintien, il nous appartiendra enfin de déterminer si une réforme de l'institution semble opportune.

SECTION I

ANALYSE CRITIQUE

Une institution de la nature du retrait successoral met en conflit deux intérêts également respectables, celui des particuliers et celui des cohéritiers, pour sacrifier le premier au profit du second : cela pose la question de son utilité.

Par ailleurs le dépouillement de la jurisprudence récente nous a donné l'occasion de constater une certaine « activité » autour de cette institution : cela nous amènera à discerner les raisons de son actualité.

I. — L'UTILITE DU RETRAIT SUCCESSORAL

Les inconvénients dont le retrait successoral est traditionnellement rendu responsable par ses détracteurs sont connus :

Un cohéritier a le droit absolu de céder ses droits successoraux à

un tiers : c'est une aliénation valable, consentie librement par le cédant, qui n'est tenu d'aucune obligation à l'égard du retrayant, et effectuée régulièrement par les parties. Cette cession, qui n'est donc ni viciée, ni vicieuse, ni même soumise à une période suspecte, va être ultérieurement neutralisée par le retrait. Ainsi donc se formule l'objection de principe : le retrait successoral est contraire à la liberté nécessaire des contrats et à la sécurité indispensable des conventions.

Le retrait compromet en outre très gravement le crédit de l'héritier : en effet, ce dernier peut être dans la gêne et chercher à monnayer sur le champ les droits qu'il peut posséder dans une indivision héréditaire. Dans une telle conjoncture, l'acquéreur qu'il aura pu trouver minimisera la valeur des droits cédés en arguant de leur précarité, en raison de la menace de retrait qui pèse sur eux.

Historiquement le retrait successoral a été édicté en partie dans le but d'éviter les procès qui pourraient survenir à cause de la présence d'un étranger dans un groupe d'indivisaires avec lesquels il n'est pas uni par les liens d'affectation : or, on souligne que c'est en fait le type même de l'institution qui fait naître les procès, soit au fond, soit dans ses modalités d'application. Au surplus, le mécanisme en est vieillot et compliqué

On ajoute enfin qu'il est facile de tourner la loi en exagérant de façon notable le prix stipulé, en déguisant la cession sous la forme d'une donation, d'un mandat...

Le retrait, d'après l'un de ses détracteurs (1), fait partie de ces principes : « arbitraires et accidentels qui régissent les intérêts d'une classe d'hommes et d'une époque et qui, créés pour protéger un état social donné, tombent avec lui. Parfois longtemps après leur disparition, il reste encore, dans le droit nouveau, des traces de leur passage, et l'on est obligé de recourir à l'histoire pour expliquer ces mesures, débris d'une législation disparue que le législateur a conservés par respect ou par oubli ».

Certaines de ces critiques comportent une part de vérité.

Mais la possibilité d'une fraude ne suffit pas à condamner une institution ; quant à l'objection de principe tirée de la liberté nécessaire des contrats ou de la sécurité indispensable des conventions, il convient de ne pas en exagérer la portée.

Nous avons vu, en effet, dans notre chapitre premier, sur l'évolution du fondement du retrait successoral, comment on reconnaissait à l'heure actuelle une valeur nouvelle à l'article 841 qui vient combler l'un des nombreux vides laissés par la loi dans l'organisation de l'indivision et comment le retrait successoral, loin de constituer un vestige recueilli par un culte excessif de la tradition, ménage un équilibre nécessaire entre les intérêts de la famille et ceux de l'individu.

Nous avions développé ces idées pour suivre l'évolution subie par le fondement du retrait, évolution qu'il était nécessaire de connaître avant d'aborder notre étude. Nous ne les reprenons ici, dans un essai rapide de synthèse, que pour en souligner les conséquences pratiques au regard desquelles nous pouvons mesurer l'utilité du retrait successoral.

C'est qu'en effet, en plus des raisons ayant présidé à son élaboration

---

(1) Batbié, dans « Rev. critique de législation et de jurisprudence, tome 28, 1866, p. 125 et s.

et à son maintien dans notre Code (raisons sur lesquelles nous nous sommes longuement expliqués), notre institution présente un intérêt juridique, économique et social.

Le retrait successoral présente tout d'abord un intérêt juridique en se révélant un élément constitutif de la vie de l'indivision.

L'indivision est un type de propriété, mais un type de propriété absolument différent de la propriété individuelle puisqu'il s'exerce justement d'une manière collective.

Nous savons comment l'article 883 du Code civil protège les indivisaires contre l'aliénation par l'un d'eux d'un bien déterminé encore indivis et nous avons dit comment l'article 841 protégeait ces mêmes indivisaires contre une cession de droits successifs : c'est reconnaître le caractère complémentaire de l'article 841 par rapport à l'article 883. Ainsi, autant que la loi le permet, un moyen de défense est donné à cette propriété collective face à tous les genres d'aliénations que peuvent consentir l'un de ses titulaires.

Pour nous, la liberté que la loi laisse à un indivisaire d'aliéner les droits qu'il possède dans une masse indivise, sans consulter ses cohéritiers, ne nous semble pas toujours opportune : et ce n'est pas le moindre des bienfaits de l'article 841 que de pallier cet inconvénient. En effet, une telle cession nous paraît bien plus grave encore que le retrait qui la sanctionne. Nous connaissons les dangers qu'elle comporte, résidant dans la présence d'un étranger pénétrant au sein de l'intimité familiale, dont l'état d'esprit n'est guidé que par des questions d'intérêts et qui, de ce fait, va se montrer moins conciliant lors des opérations de liquidation et de partage. Dans la majorité des cas, le but poursuivi par le tiers introduit dans l'indivision tendra à la réalisation la plus rapide de son droit par tous les moyens que la cession lui permettra de faire jouer : en réalité, on peut tout naturellement penser que les intérêts familiaux aurait une faible influence sur les décisions qu'il jugera bon de prendre. C'est donc contre un intrus que le retrait est accordé aux cohéritiers pour leur permettre de rester en famille, donc d'éviter les tractations inattendues avec un héritier d'occasion qui pourrait être animé de mauvaises intentions et dont il est normal de prévenir l'âpreté et les indiscrétions.

Toujours dans cette perspective de l'indivision, dont il est habituel de dire qu'elle est un état provisoire auquel il est souhaitable de mettre fin le plus rapidement possible, le retrait présente un autre intérêt particulier : alors que la cession à un étranger vient perturber les rapports des indivisaires entre eux, et compliquer cette vie de l'indivision, le retrait, par une double réaction en sens contraire, tout en éliminant l'étranger, a pour conséquence d'en simplifier l'aboutissement. En effet, le retrait élimine un indivisaire et dans l'hypothèse où l'indivision n'existait qu'entre deux personnes, le retrait exercé par l'une d'elles équivaut à une licitation mettant fin à l'indivision. La situation est la même lorsque tous les héritiers à une exception près, étant cédants, le retrait concentre la totalité de la succession aux mains d'un seul. On reconnaît traditionnellement en faveur du retrait l'avantage de faciliter les opérations naturellement compliquées de liquidation et de partage en en permettant l'accomplissement entre les seuls cohéritiers : ce qui constitue un avantage d'ordre psychologique. En favorisant la fin de l'indivision le retrait présente aussi l'avantage de faciliter le partage sur le plan technique.

Le retrait successoral présente également un intérêt économique : il permet la concentration dans les mêmes mains d'un bien dont la propriété, reposant sur plusieurs têtes, a tendance à se diviser. Reconnaître à une considération de ce genre un avantage particulier nous semble conforme au souci du législateur actuel, tout particulièrement dans le domaine successoral. Cet intérêt économique que nous portons au retrait est en tous points conforme aux ideés qui ont présidé aux profondes réformes en la matière, réalisées par la loi du 19 décembre 1961 modifiant les articles 815, 832 et 866 du Code civil, et dont le but essentiel est d'éviter le morcellement des biens et des héritages. L'exercice du retrait successoral par un cohéritier aboutit au même résultat qu'un allotissement en nature, lors du partage, dont l'importance excède ses droits ; excèdent contrebalancé par la somme qu'il doit rembourser, comparable à la soulte qu'il aurait dû verser à l'occasion d'un partage.

A l'intérêt juridique et à l'intérêt économique que nous venons de reconnaître au retrait successoral s'ajoute un intérêt social dont le rôle s'effectue sur le plan moral et sur le plan familial.

Tout d'abord, le retrait successoral possède un effet préventif à l'encontre des cessions de droits successifs effectuées dans un esprit de lucre : cette institution constitue, en effet, le meilleur obstacle aux opérations usuraires dont les cohéritiers besogneux sont souvent la proie.

Cet avantage compense largement, selon nous, l'inconvénient que nous avons signalé, résultant d'un léger fléchissement de la valeur marchande de la quote-part, correspondant à la diminution du prix qu'exigera le cessionnaire pour se couvrir du risque d'éviction qu'il court.

L'intérêt social du retrait successoral se manifeste également dans la conciliation assez heureuse entre l'intérêt individuel et un intérêt général plus puissant, celui de la famille.

Ainsi que le notre M. Henri Mazeaud, « les rédacteurs du Code civil, quand ils ont organisé la famille, se sont efforcés de faire passer l'intérêt individuel des membres de la famille avant l'intérêt de la famille elle-même : c'est la même tendance que nous retrouvons dans l'organisation du patrimoine familial » (2) et M. Mazeaud poursuit en observant que quelques règles de droit font exception à ce principe, parmi lesquelles il cite notamment : l'institution contractuelle, le partage d'ascendant, les substitutions permises quand l'intérêt du patrimoine familial le commande. Nous nous permettons d'ajouter le retrait successoral à cette énumération tant il est vrai qu'il assure, sous un certain nombre d'aspects, la cohésion de la famille et la préservation de son patrimoine.

Le retrait a pour principal effet de permettre de maintenir au patrimoine sa vocation familiale, en procurant à ses membres la faculté de reprendre entre les mains d'un étranger les droits consentis à son profit par un cohéritier qui, par le fait de la cession, s'est désolidarisé du groupement social auquel il appartient.

Mais notons-le bien, le législateur, par l'adoption du retrait successoral dans notre Droit, n'a jamais voulu faire renaître, même d'une

---

(2) Cf. « La protection de la famille et de son patrimoine dans le droit civil français contemporain » Cours de droit civil approfondi, 1941-1942, les Cours de droit (Polycopié Paris, p. 65).

manière virtuelle, le principe de la conservation des biens dans la famille dont nous savons que le retrait n'a jamais procédé à aucun moment de son histoire (3). C'est, en effet, non par son fondement, mais par ses conséquences, excessivement importantes à notre avis, que le retrait assure la conservation de leur caractère familial aux biens successoraux. Tout au long de notre étude nous nous sommes bien gardés de prendre cette conséquence comme méthode d'interprétation de la loi. En tout état de cause nous ne cachons pas que cet effet du retrait, que nous considérons comme primordial, n'est pas pour nous déplaire.

Car pourquoi nous voilerions-nous la face en faisant l'apologie de l'effet principal du retrait que nous venons de souligner ? La famille ne serait-elle pas considérée avec autant de faveur par la loi que certaines catégories de la société telles que les exploitants agricoles par exemple, au profit desquels le législateur a instauré un droit de préemption, contre le propriétaire qui veut aliéner son bien rural ? C'est, au contraire, un des grands bienfaits de l'article 841 que d'assurer la pérennité du patrimoine familial et de lui rendre les biens indispensables à son équilibre auxquels en outre peuvent s'attacher des souvenirs et des affections, et qui en seraient distraits par les fréquentes spéculations dont nous vivons des exemples sans précédent à l'heure actuelle.

Certes, il eût été impossible d'émettre une telle considération à l'époque de la rédaction du Code civil, en raison justement du fait qu'elle aurait pu paraître, dans le contexte social de cette période révolutionnaire, évocatrice de certains privilèges considérés alors comme odieux parce qu'ils étaient l'apanage d'une minorité. Nous avons vu d'ailleurs que le retrait faillit être délaissé par les rédacteurs du Code, certains analystes confondant les conséquences avec le fondement.

Mais, de nos jours, où l'égalité de tous devant la loi est pleinement assurée, de telles craintes sembleraient ridicules. Le Droit est de moins en moins protecteur de l'individu et des conventions privées ; les droits de préemption se multiplient. La famille n'est plus considérée comme une caste, mais comme un noyau social dont il est bénéfique d'assurer l'épanouissement : cette notion familiale que le temps avait oblitérée, s'est reconstituée spontanément sous le fait des habitudes psychologiques et sociales du pays. La vieille conception individualiste du Code s'est dissociée.

De ce fait, ce qui n'était qu'une conséquence prend, avec le recul du temps, la valeur d'un fondement. Historiquement le retrait successoral n'était pas une institution en soi ; on peut dire qu'il l'est devenu. Il s'est imposé pour des raisons techniques, malgré le peu d'enthousiasme qu'il soulevait dans un droit individualiste. De nos jours où cet individualisme perd du terrain, il s'impose de plus en plus pour des raisons sociales.

En même temps que le retrait successoral contribue à la conservation des biens dans la famille, il assure, toujours sur le plan de la cohésion familiale, l'équilibre général de la dévolution héréditaire.

Il défend, en effet, la conception familiale de la transmission des biens à cause de mort en maintenant, autant qu'il est possible, l'attribution de l'hérédité suivant les règles édictées par le législateur.

---

(3) Il s'oppose en cela au retrait lignager.

Notons que, dans le domaine de la succession testamentaire, où il a également son rôle à jouer, son effet est à peu près identique : sans doute n'est-il pas aussi bien soutenu par les cadres naturels de la famille. Mais en fait dans ce cas ce sont les intentions du défunt qui sont substituées à la loi.

De telle sorte que le retrait successoral assure la constitution de la communauté d'héritiers qu'elle soit établie par la loi ou par la volonté du testateur.

Les rédacteurs du Code civil se sont efforcés de circonscrire de retrait successoral dans sa fonction strictement juridique. Qu'en est-il actuellement dans son application pratique ? Dans le contexte de notre société moderne, il serait intéressant de discerner, pour étayer et compléter notre analyse, les raisons qui militent dans l'esprit des parties en faveur du retrait dont on observe un regain de vitalité.

II. — LE RETRAIT SUCCESSORAL DANS SON APPLICATION ACTUELLE

Les transformations progressives de la structure économique de notre pays et l'accélération du mouvement social ont des répercussions significatives sur des institutions qui furent conçues pour régler des rapports ou des situations se présentant par définition sous un angle quelque peu différent. Dans cette hypothèse il est facile d'observer le phénomène suivant : ou bien l'institution s'adapte à ces nouvelles conditions, soit d'elle-même, soit avec l'aide du législateur ; ou bien son caractère irrémédiablement périmé la condamne à l'abandon, voire à la suppression, en raison de la désuétude dont elle est l'objet.

En ce qui concerne le retrait successoral, une longue période s'est écoulée pendant laquelle on a pu croire qu'il serait un jour ou l'autre voué à une sorte de désaffection. Les solutions jurisprudentielles concernant son exercice semblaient définitivement fixées, la doctrine ne lui était pas favorable, et les parties ne l'utilisaient que fort peu, de telle sorte que l'on parlait de lui comme d'une institution désuète et poussiéreuse.

Or il n'est pas douteux que le retrait successoral connaît, à l'heure actuelle, un regain d'activité.

Notons tout d'abord que la notion même de retrait se trouve mise au goût du jour par l'intérêt que semble lui porter le législateur moderne. En effet, nous assistons à l'heure actuelle à une multiplication des droits de préemption au profit d'un certain nombre de communautés sociales pour consacrer le monopole de leurs membres dans l'appropriation d'une catégorie de biens. Il n'est point de notre propos de faire une étude comparative des retraits et des droits de préemption (4). Or ces droits de préemption puisent une partie de leur technique et de leurs caractères dans l'institution du retrait et plus spécialement du retrait successoral (5). Disons en passant que ce n'est certes pas une institution vieillotte, archaïque, qui a pu servir de modèle à de tels droits nouveaux. C'est qu'en

---

(4) Cf. à ce sujet l'intéressante étude de M. Tallon : « Retraits et préemptions, contribution à l'étude des retraits », in. rev. trim. dr. civ., 1951, p. 208 et s.

(5) Notons à cet égard que Dumoulin appelait le droit de retrait « jus praelationis », droit de préemption, (droit d'être préféré).

réalité les idées modernes admettent plus facilement et avec beaucoup plus de faveur le principe qui sacrifie l'individualisme et celui de la liberté des contrats au profit d'un intérêt supérieur, d'un intérêt plus général. Un retrait adapté à des fins juridiques sert en quelque sorte de tremplin à un retrait adapté à des fins économiques.

Mais ce qu'il y a de plus frappant, ce sont les nombreuses décisions jurisprudentielles rendues au sujet du retrait successoral durant les quinze dernières années et auxquelles nous nous sommes référés tout au long de notre étude. Nous connaissons les solutions nouvelles que la jurisprudence a apportées en cette matière : ce qu'il nous importera de comprendre maintenant, avant de porter un jugement définitif, ce sont les raisons de cette actualité ; autrement dit il paraît excessivement intéressant d'essayer de discerner quel est, si nous pouvons nous permettre cette expression, le point de vue de « l'utilisateur » du retrait, quelles sont les raisons qui l'incitent à l'exercer.

Si l'on reprend dans l'ensemble la jurisprudence des dernières années, en observant attentivement les faits soumis à l'appréciation des tribunaux, il semble bien que ces raisons soient essentiellement d'ordre économique et psychologique.

Il n'est pas douteux, tout d'abord, que cette recrudescence de faveur soit en rapport direct avec la période de dépréciation monétaire que nous vivons.

Nous savons que le retrait peut être exercé par le cohéritier tant que le partage des biens indivis n'est pas intervenu. En fait, les héritiers, face à une cession de droits successifs, et en l'absence d'un partage immédiat, auront tout intérêt à exercer le retrait après qu'un certain temps se soit écoulé. Tout aussi bien, sans avoir fait ce calcul à l'époque de la cession, la demande en partage intentée par le cessionnaire après une longue indivision avec les cohéritiers, pourra faire réaliser dans l'esprit de ces derniers tout l'avantage pécunaire qu'il y a pour eux à évincer préalablement ce cessionnaire au moyen du retrait. La différence de valeur des biens à l'époque de la cession et lors du partage peut être considérable ; dans des cas semblables le retrayant va réaliser une « bonne affaire ». Des situations de ce genre ne sont pas explicitement rapportées dans les faits soumis à l'appréciation des tribunaux, puisqu'elles ne suffisent pas à elles seules à écarter le retrait successoral, l'intention poursuivie par le retrayant n'étant pas prise en considération par le juge. Néanmoins elles constituent comme une sorte de toile de fond à un certain nombre de causes et sont faciles à déceler. Les exemples sont fréquents mettant en scène des héritiers exerçant le retrait de très nombreuses années après la cession (6) qui, en plus, ont joui des biens indivis en commun avec le cessionnaire (7),

(6) Civ., sect. civ., 11 juillet 1955, D. 1956. 336 ; J. C. P. 1955, éd. G., IV, 126, cet arrêt se prononce sur une demande en retrait concernant une cession consentie en février 1917 ! Civ., 1re sect. civ., 5 juillet 1961, J. C. P. 1961 éd. G., IV 127 ; Bull. cass. civ., 1961, I, n° 378 p. 301 : dans cette espèce la cession a été consentie il y a plus de trente ans.

(7) Civ. 1er sect. civ., 26 fév. 1958, J. C. P., 1958. éd. G., IV, 51, Bull cass. civ., 1958, I, n° 121, p. 93. — Civ., 1er sect. civ., 30 mai 1960, Bull. Cass. civ., 1960, I, n° 297, p. 243 : Les immeubles indivis étaient des immeubles de louage qui avait nécessité des actes de location et d'autres actes administratifs conjointement par les héritiers et le cessionnaire.

ou qui, au contraire, s'étaient désintéressés de l'hérédité cédée jusqu'au jour où ils se rendirent compte de la valeur qu'elle pouvait avoir (8).

Dans tous les cas de ce genre ce n'est pas un jugement téméraire que de prétendre que, seul, l'appât du gain incite le cohéritier à exercer le retrait. On imagine mal, en effet, qu'un héritier pleinememnt informé de la cession consentie par un coindivisaire, s'entendant au surplus avec le cessionnaire pour tirer le meilleur revenu des biens qu'ils possèdent ensemble par indivis, s'aperçoive. plusieurs années après, que le cessionnaire est un étranger qui va pénétrer dans l'intimité familiale et gêner les opérations de partage à intervenir !

Dans toutes ces hypothèses le retrait, dont les conditions d'admission sont indépendantes de cette conjoncture, est exercé, s'il remplit les conditions d'admission que nous avons exposées, au bénéfice du retrayant : il est évident qu'il est alors manifestement détourné de son but d'ordre moral et défensif (9).

A ces raisons économiques qui poussent actuellement le cohéritier à exercer le retrait successoral s'ajoutent une autre série de raisons qui se situent sur le plan psychologique.

Le profane qui exerce le retrait contre un cessionnaire étranger connaît semble-t-il, une certaine difficulté à apprécier d'une manière rigoureuse la faculté que la loi met à sa disposition : il lui est difficile de réaliser que le retrait successoral est avant toute chose un moyen de technique juridique et que le législateur a entendu que ce soit là sa fonction essentielle. Il a plutôt tendance à utiliser cette institution pour s'insurger contre des aliénations qui le froissent et le contrarient. Dans son esprit, les biens succcessoraux forment une masse intangible dont la destination doit être exclusivement familiale et, ainsi que le note M. Vialleton (10), il est tenté « de détourner le retrait de son sens authentique pour critiquer des cessions qui portent réellement sur des biens individualisés et, comme telles, ne peuvent mettre en cause que l'effet déclaratif et les conséquences ultérieures du lotissement, sans qu'il existe en droit aucune possibilité de les retrayer ».

Il utilise le retrait pour défendre ce qu'il croit être un droit de propriété éminent de la famille : en un mot, il prend pour base et pour fondement du retrait ce qui n'en est qu'une conséquence indirecte, nous l'avons vu.

Ici encore l'analyse des faits soumis à l'appréciation des tribunaux est révélatrice de cet état d'esprit dans lequel se trouvent les héritiers (11).

---

(8) Civ., 1re sect. civ., 20 mars, 1961, J. C. P. 1961, éd. G., IV, 71 · Bull. cass. civ., 1961, I, n° 175, p. 179.

(9) Notons au passage cette intéressante remarque faite par M. J. P. Delmas Saint-Hilaire, ds « Rev. jur. et éc. Sud-Ouest Ser. jur., Bordeaux, 1958, p. 41, n° 7, Citant G. Hubrecht, « la Dépréciation monétaire et la stabilisation ; leurs effets sur l'exécution des obligations, Thèse, Strasbourg, 1928, p. 198 : « c'est en matière de retrait successoral et pour combattre les effets injustes de la dépréciation monétaire, que la Cour suprême polonaise appliquant l'article 841 du Code Napoléon, a écarté pour la première fois le principe du mominalisme monétaire et admis la revalorisation de la créance du retrayé contre le retrayant (arrêt du 2 février 1922) »

(10) Note sous civ. sect. civ., 13 juillet 1955, D. 1956. 335.

(11) Cf. notamment : Civ. 1re sect. civ., 21 mai 1959, Somm. 106 —

Mais il faut bien dire, à la décharge de cet héritier trop facilement enclin à exercer le retrait successoral, qu'un certain nombre de phénomènes actuels ou récents ne favorisent pas son discernement.

Une certaine confusion dans son esprit doit tout d'abord se faire entre le retrait qu'il veut utiliser et ces droits de préemption que le législateur multiplie pour favoriser justement l'appropriation de certains biens à une catégorie de personnes : nous avons signalé, dans les pages précédentes, l'osmose qui se produisait entre ces deux facultés dont les différences peuvent paraître subtiles pour le profane.

Sur le même plan, il est significatif d'observer que parmi les décisions rendues en la matière dans le courant de la dernière décade, nombreuses sont celles qui intéressaient les musulmans d'Algérie en un temps où la Nation française faisait bénéficier ces populations de la sagesse de ses lois (12). Or, dans les pays de droit musulman, sous le nom de « chefaâ », existent de nombreux retraits destinés à sanctionner des droits de propriété éminents de la communauté de village (13), du groupe familial (14), des voisins (15)... et lorsqu'il s'agissait d'immeubles francisés, la loi du 26 juillet 1873 (16), régissant la matière édictait que « le droit réel de « chefaâ » ne pourra être opposé aux aquéreurs (d'immeubles francisés) qu'à titre de retrait successoral par les parents successibles d'après le droit musulman et dans les conditions prescrites par l'article 841 » (17). Ainsi donc, même entre parties musulmanes, l'exercice du retrait successoral concernant les terres soumises au statut français était uniformément réglé par la loi française, sous cette seule réserve qu'entre indigènes la détermination des successibles se faisait suivant la loi musulmane (18).

Dans cette conjoncture, il n'est pas douteux que les cohéritiers musulmans aient eu, tout naturellement, tendance à se référer à leurs institutions propres, par l'habitude ancestrale qu'ils pouvaient en avoir, pour exercer le seul retrait que la loi française leur permettait de mettre en œuvre. Le tribunal français sanctionnait la fonction juridique du retrait alors que la justice du Cadi lui reconnaissait une fonction patrimoniale.

Civ., 1re sect. civ., 3 oct. 1961, D. 1962. Somm. 54 ; Bull. cass. 61. 1. 340 — Cass. civ., 19 déc. 1961, Buss. cass. 61. 1. 490, n° 616. — Cass. civ. 1re, 19 juin 1962, J. C. P., éd. G., 1962, II, 12.791 ; Bull. cass. 1962. 1. 280.

(12) Cf. notamment les arrêts de cassation : 30 juin 1947. — 26 déc. 1951. — 17 avr. 1953. 28 avril 1953. — 21 déc. 1954. — 28 mars 1955. — 15 juin 1955. — 11 juill. 1955 (4 espèces). — 12 juill. 1955. — 13 juill. 1955. (3 espèces). — 23 nov. 1955. — 14 déc. 1955. — 4 janv. 1956. — 5 mars 1956. — 25 nov. 1957. — 28 déc. 1957. — 26 fév. 1958. — 21 mai 1959. — 5 juill. 1961. — précités.

(13) O. Pesle : « le droit de Chefaâ dans l'Afrique du Nord » Bull. de l'Afrique française, 1930, Renseignements coloniaux, p. 486.

(14) Balbaa, « La préemption en droit comparé », Thèse, Dijon, 1938, p. 47 et s. Code musulman, traduction Seignette, titre 15, du retrait d'indivision.

(15) Balbaa, op. cit., p. 162 et s.

(16) Loi du 26 juillet 1873, art. 1er, al. 2, non modifiés par les lois subséquentes.

(17) Cette loi avait pour but de favoriser l'implantation des colons en les mettant à l'abri des risques d'éviction, qu'ils pouvaient courir avec le droit de chehaâ : Cf. A. Marneur, « La Chefaâ », droit de rachat dans la loi musulman, thèse, Paris, 1910, p. 152, 163.

(18) Larcher « traité de Législation algérienne », 3e éd., T. III, n° 854.

A toutes ces raisons, ne favorisant pas la juste appréciation des conditions d'application du retrait successoral dans l'esprit de l'héritier, il faut en ajouter une autre qui nous paraît également déterminante : ainsi que nous l'avons analysé en son temps, la jurisprudence a connu, dans ses décisions récentes, un revirement notable dans l'admission des cessions touchées par le retrait. Elle les frappe dans de plus nombreux cas que par le passé, et en laisse bien souvent la censure à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dès lors, il semble, qu'en cette matière, chacune des parties, retrayant ou retrayé, essaye de tenter sa chance.

Car, en effet, si jusqu'à présent nous avons essayé de sonder la psychologie du retrayant, il n'est pas inutile non plus de rappeler que la partie adverse, cédant et retrayé, a fréquemment fait l'impossible pour mettre la cession à l'abri du retrait successoral par les moyens que nous connaissons. Les juges se trouvent donc en présence d'intentions et de manœuvres tendant à solliciter la réalité dans deux directions opposées : la première, dans le sens de l'élargissement du champ d'application du retrait, la seconde, qui tend, au contraire, à vouloir faire prononcer son inadmissibilité.

C'est bien la raison pour laquelle on sent, dans la jurisprudence actuelle, un certain flottement, une certaine hésitation à enfermer les conditions d'admission du retrait sous le carcan de règles dont l'automatisme excessif ne pourrait tenir compte de toutes ces virtualités : d'où le large pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond.

Nous dirons même plus : il semble que la jurisprudence ait été forcée, par tous ces conflits de tendance, à prononcer des décisions allant en sens contraire des latitudes que lui laissait l'article 841.

En effet, là où l'article 841 paraît être de droit étroit, la jurisprudence en élargit le champ d'application : ainsi la loi parle du « droit à la succession » comme devant être l'objet de la cession touchée par le retrait. Nous connaissons toute l'extension que la Cour de cassation a donnée à cette expression, pour finalement toucher un plus grand nombre de cessions qu'il n'était traditionnellement admis.

Au contraire, là où l'article 841 permettrait, semble-t-il, une certaine largesse d'interprétation, la jurisprudence est étroite : ainsi la loi dit que tout « cohéritier » peut exercer le retrait. Nous connaissons la conception restrictive de la Cour de cassation quant aux personnes en faveur desquelles elle reconnaît cette faculté.

Cette « politique » est commandée par toutes les remarques d'actualité que nous venons de faire :

Lorsque les tribunaux analysent le retrait à travers la cession : c'est la fraude du cessionnaire qu'ils sont amenés à redouter. Il s'ensuit qu'ils ont tendance à faire sanctionner par le retrait un plus grand nombre de cessions.

Lorsqu'au contraire ils analysent le retrait à travers les parties : ce sont les mauvaises intentions (le profit recherché) du retrayant qu'ils semblent craindre : ils restreignent alors le nombre des personnes habilitées à se prévaloir du retrait.

Que pouvons-nous conclure au résultat de cette analyse critique ? Nous avons vu tout l'intérêt que présente le retrait successoral et nous

avons analysé par ailleurs les inconvénients traditionnels et actuels que l'on peut reprocher à cette institution.

Pour nous, il ne fait aucun doute que la loi doit maintenir, au profit des cohéritiers, dans le souci majeur de préserver la cohésion familiale, un moyen de défense contre l'intrusion d'un étranger résultant d'une cession de droits successifs consentie par un membre de la communauté d'héritiers.

Mais dans le contexte actuel, et compte tenu des difficultés qu'il soulève, le retrait successoral, excellent dans son principe, ne nous paraît pas techniquement adapté aux exigences d'une institution moderne dont on aimerait qu'elle soit plus équitable et moins dépendante des tribunaux par les virtualités qu'elle comporte.

Dès lors, la solution au problème posé par le conflit des intérêts en présence ne réside-t-elle pas dans une réforme législative ?

SECTION II

LE RETRAIT SUCCESSORAL DE « LEGE FERENDA »

Le maintien dans notre droit actuel de l'institution du retrait successoral soulève, à notre avis, un problème législatif. Dans l'espèce, la difficulté de ce problème tient à la nécessité de concilier, autant que possible, trois intérêts en présence : l'intérêt de l'individu, l'intérêt de la famille et l'intérêt général.

L'intérêt de l'individu, dans notre domaine, est celui du cohéritier cédant et retrayé :

Le cohéritier, pris individuellement, doit pouvoir, sans obstacle majeur, aliéner les droits qu'il possède dans une indivision chaque fois qu'il en éprouve la nécessité.

Le retrayé ne doit pas être victime de la conjoncture économique découlant de la dépréciation monétaire.

L'intérêt de la famille commande, ainsi que nous l'avons souvent souligné, que ses membres ne soient pas troublés dans leurs rapports patrimoniaux, par l'intrusion d'un étranger qui ne sera pas animé de cet état d'esprit de bienveillance mutuelle que, sur le plan des principes, les cohéritiers doivent éprouver les uns envers les autres.

L'intérêt général, enfin, réside dans la nécessité d'assurer au maximum la sécurité des contrats et d'éviter la prolifération des litiges.

Puisque nous sommes hostiles à toute idée qui tendrait à sacrifier l'intérêt de la famille par la suppression pure et simple du retrait successoral (19) reste à savoir quelles solutions notre Droit peut nous permettre de mettre en œuvre pour concilier ces conflits d'intérêts que nous venons de signaler.

Dans un souci de simplififcation, on aurait pu penser tout d'abord à interdire la cession de droits successifs à tout cohéritier se trouvant dans

---

(19) C'est la solution, qui nous paraît défaitiste, qu'a adoptée le Code civil italien de 1865.

l'indivision : ce qui couperait court à tous les problèmes que nous nous posons. Il est à peine besoin de dire que cette solution, sacrifiant l'intérêt particulier d'une manière irrémédiable ne peut, en aucun cas, être envisagée. La cession de droits successifs est et doit demeurer possible afin de ne pas mettre le cohéritier à la merci de ses coindivisaires, et lui permettre de monnayer les droits indivis qu'il possède lorsque la précarité de la situation financière dans laquelle il se trouve peut l'y contraindre.

Il semble, par contre, qu'il serait possible d'écarter l'effet rétroactif du retrait, principal obstacle à la sécurité des contrats et à l'intérêt général, tout en maintenant la substitution du retrayant au retrayé au jour de la cession, par une organisation préventive des rapports juridiques : nous savons, en effet, que, dans l'état actuel des choses, tant que le retrait successoral n'est pas exercé, le retrayant « en puissance » n'a aucun droit actuel restreignant la propriété de l'acquéreur. Il possède une simple faculté dont il est libre d'user ou de ne pas user : cette faculté peut s'analyser en un droit virtuel dont la protection ne peut être que virtuelle C'est la raison pour laquelle l'effet rétroactif est reconnu comme étant indispensable à l'efficacité du retrait. En fait, il n'est pas impossible, sur le plan de la technique juridique, d'imaginer une organisation qui ferait du droit du retrayant, non plus un droit virtuel, mais un droit qui pourrait être considéré comme frappant immédiatement, directement, et par l'effet de la loi, l'acquisition faite par le cessionnaire d'un danger d'éviction. Ce droit pourrait être assimilable à une charge réelle, voire même à un démembrement de la propriété ou à une servitude. En cas d'aliénation immobilière, pour la sûreté de cette charge et assurer sa publicité à l'égard des tiers, une inscription d'hypothèque légale serait inscrite au bureau de la situation des immeubles, dont mainlevée pourrait être ultérieurement donnée par les cohéritiers si bon leur semble.

Une réforme dans ce sens ne répondrait pas à ce qu'on attend d'elle : tout d'abord elle ne remédierait qu'à un seul des inconvénients du retrait, et aboutirait plutôt à une complication de sa technique, ce qui ne serait guère opportun ! Elle aurait aussi le désavantage de faire fléchir davantage encore la valeur marchande des droits indivis du cohéritier cédant.

Pour lutter contre les funestes effets de la dépréciation monétaire, on pourrait décider que la valeur des biens dont le retrayant devrait tenir compte au retrayé pour le rendre indemne serait celle que les biens pourraient avoir au jour de la demande en retrait et non celle qui avait été stipulée à l'époque de la cession. Ce palliatif présenterait, à notre avis, l'inconvénient majeur de soulever un grave problème d'estimation dont la solution ne pourrait dépendre que d'un recours automatique aux tribunaux puisqu'il est bien certain qu'en pareille hypothèse les parties ne s'entendront amiablement.

Dans un même ordre d'idée, et pour accorder au retrayant une sorte de prime de consolation (et raccourcir le temps pendant lequel son éviction resterait possible), on aurait pu imaginer de remplacer le retrait par la faculté que l'on donnerait au cohéritier, en présence d'une cession de droits successifs, de faire surenchère (du dixième ou du vingtième) : solution aussi peu tentante que possible. Le législateur moderne est d'ailleurs, à juste titre, hostile aux surenchères dont la tendance est à la suppression.

Nous sentons bien toute la nécessité qu'il y a, si l'on veut que satisfaction soit donnée à tous les intérêts mis en jeu, à préconiser une réforme qui s'attaque à la fois à tous les inconvénients relevés contre le retrait, tout en sauvegardant l'essentiel de ses bienfaits.

Une telle réforme, pour être utile et efficace, doit nécessairement limiter dans le temps le délai pendant lequel le cohéritier aura la faculté de se substituer au cessionnaire : ce qui aura pour avantage tout à la fois de supprimer les effets néfastes de la rétroactivité du retrait et de réduire à néant les inconvénients découlant du phénomène de la dépréciation monétaire.

Dans un même temps, dans le but d'éviter un recours quasi automatique aux tribunaux, et de réduire au maximum les possibilités de fraude, il y a lieu de simplifier les cas dans lesquels on reconnaîtra au cohéritier la faculté d'évincer le cessionnaire indésirable : ce qui aura pour avantage, en outre, de libérer le juge de la pénible et délicate tâche qui lui incombe actuellement dans l'analyse de l'intention des parties.

Parvenu à ce stade de nos constatations, il s'agit donc d'appliquer au retrait une thérapeutique qui risquera de dénaturer l'institution certes, mais nous venons de voir que des réformes de détail touchant ses modalités d'application se révèlent, soit indésirables, soit insuffisantes.

Tout ceci nous amène à dire qu'il faut faire appel à une technique voisine pour assurer au mieux les impératifs que nous avons jugés indispensables en la matière pour la rénover.

Nous pensons que cette rénovation doit être assurée par le projet de la Commission de réforme du Code civil qui consiste à substituer à la technique du retrait celle du droit de préemption (20).

Ces deux techniques sont effectivement voisines, et nous savons même comment la seconde procède en quelque sorte de la première. Le droit de préemption, qui est une création moderne de notre Droit, s'est inspiré du retrait en l'adaptant aux conditions actuelles de la vie juridique : le législateur en a fait une large utilisation, notamment au point de vue fiscal, en matière de vente d'immeubles affermés (21), et, tout récemment, en matière de ventes de certains immeubles ruraux en créant ce droit au profit des « Sociétés d'Aménagement Foncier et Rural » (SAFER), et en matière d'urbanisme.

Le domaine du retrait se distingue de celui de la préemption en ce sens que le premier procédé ne peut jouer qu'une fois le contrat valablement formé ; alors que le second est mis en œuvre avant la formation du contrat (22).

En quoi consiste le projet de la Commission de réforme (23) ?

---

(20) Solution qui a déjà été adoptée par le Code civil allemand, dans son article 2043.

(21) Les commentateurs font un parallèle entre ces droits de préemption et les retraits : cf. pour le droit fiscal Dalimier, « la lutte contre la fraude fiscale » J. C. P. 1947. 1. 661 et pour les immeubles affermés : de Juglart, Droit rural, t. I, l'exploitation rurale, p. 145.

(22) Cf. Denis Tallon, op. cit. p. 208 et 209.

(23) Cf. « Travaux de la Commission de réforme du Code civil Années 1953-1954 et 1954-1955. Librairie du Recueil Sirey, éd. 1957 Séances des 9 et 16 janvier 1954, p. 198 et 206. Etaient présents : à la séance du 9 janvier 1954 : MM. Julliot de la Morandière, président, Rouast, Le Balle, Jousselin, de

La réforme s'inspire d'un texte établi par la Société d'études législatives dont nous ne reprendrons pas ici les modalités, le projet de la Commission de réforme nous paraissant, à tous les égards, le plus approprié aux novations qu'il y a lieu d'inclure en notre matière.

Disons, au préalable, que cette réforme s'insère dans un projet plus vaste d'organisation de l'indivision lequel, après avoir jugé souhaitable la nomination d'un gérant dont il détermine les pouvoirs, analyse sous quel angle il y a lieu d'envisager les droits privatifs des copropriétaires : et c'est tout naturellement à l'occasion de la cession des droits indivis que la Commission en vient au retrait, au sujet duquel elle préconise son remplacement par un droit de préemption dont elle souhaite l'agencement selon les modalités suivantes :

Chaque fois qu'un indivisaire entendra céder, à titre onéreux, à une personne étrangère à l'indivision, soit sa part, soit une quote-part, soit encore un bien déterminé portant sur cette indivision, il devra en faire la notification à ses co-indivisaires et au gérant de l'indivision. Cette notification devra être faite par acte extrajudiciaire et relater le prix et les conditions au moyens desquels devra intervenir la cession projetée.

Tout co-indivisaire pourra alors, dans le délai d'un mois qui suivra cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu'il exerce le droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés.

Le projet confère ensuite le caractère de nullité à toute cession consentie par un indivisaire à une personne étrangère à l'indivision en violation des prescriptions que nous venons de rapporter. Il précise que cette action en nullité ne pourra être exercée que par les co-indivisaires du cédant.

Enfin il préconise que toute cession consentie par un indivisaire, soit au profit d'un co-indivisaire, soit au profit d'un étranger, lorsque la préemption n'aura pas été exercée, devra, pour être opposable aux autres co-indivisaires et au gérant, leur être signifiée ou être acceptée par eux dans un acte authentique.

Notons en outre que la Commission (24) préconise également la possibilité pour les créanciers de saisir la part indivise de leur débiteur et, de ce fait, se prononce pour la suppression de l'article 2.205 du Code civil qui en interdisait la faculté avant le partage ou la licitation lorsque cette part indivise portait sur les immeubles d'une succession. La saisie devant aboutir à une vente, la Commission propose que l'officier public ou ministériel, chargé de la vente, en fasse connaître la date aux copropriétaires, de manière qu'ils puissent exercer leur droit de préemption au moment de l'adjudication.

Le remplacement du retrait successoral par un droit de préemption

---

Lapanousse ; Houlin, secrétaire général, Verrier, secrétaire. A la séance du 16 janvier 1954 : MM. Juliot de la Morandière, président, Lyon-Caen, Jousselin, de Lapanousse, Charpentier, Boitard, Verrier, secrétaire.

Notons ici que cette Commission s'est prononcée en faveur de la suppression pure et simple du retrait d'indivision.

(24) « Travaux de la Commission... » op. cit., séances des 20 et 28 février 1954, p. 222.

s'exerçant suivant le processus élaboré par la Commission de réforme du Code civil nous paraît, à maints égards, satisfaire à l'ensemble des conditions que nous avons posées pour qu'une réforme en ce domaine soit utile et efficace : c'est, à notre avis, la seule qui puisse être envisagée sur le plan des principes.

Le mécanisme de l'opération aboutit pratiquement, en effet, au même résultat que le retrait : la même faculté est réservée aux cohéritiers d'évincer le cessionnaire indésirable et, partant, les intérêts de la famille sont sauvegardés.

Mais le droit de préemption a tout d'abord l'avantage sur le retrait de limiter dans le temps le délai pendant lequel le cohéritier aura la faculté de se substituer au cessionnaire : ainsi la préemption prévient la cession et évite toute rétroactivité, ce qui ménage l'intérêt général.

Pour la même raison l'acquéreur, lorsqu'il sera évincé du bénéfice de son acquisition, ne courra plus le risque d'être indemnisé « en monnaie de singe » et, à l'inverse, le cohéritier, lorsqu'il exercera la préemption, ne sera plus tenté de le faire dans le but de réaliser une « bonne opération ».

Le cédant, quant à lui, voit son droit de céder ses droits successifs confirmé ; bien plus, la valeur marchande de ses droits est manifestement revalorisée : en effet, le cohéritier devant se prononcer sur le sort de la cession dans un délai très court, le cessionnaire ne pourra plus exiger une diminution du prix en arguant que le danger d'une éviction des droits acquis pèse indéfiniment sur sa tête à la manière d'une épée de Damoclès. Ainsi l'intérêt de l'individu est respecté.

Par ailleurs, en reconnaissant au cohéritier la faculté de préemption, toute cession de biens indivis, quel que soit l'objet des droits cédés (part, quote-part ou bien déterminé), on met un terme à ce délicat problème de l'analyse de l'intention des parties dont dépendait trop souvent l'exercice du retrait. On diminue, en outre, par le fait même, le nombre considérable de fraudes qui consistaient pour les protagonistes de la cession à simuler dans leur contrat une vente de droits successifs en une vente d'un bien déterminé.

Par voie de conséquence on jugule cette hémorragie de litiges que le retrait successoral suscitait contrairement aux raisons qui l'avaient fait admettre dans le but justement de prévenir les procès.

Sur le plan technique enfin, en admettant le bénéfice de la préemption au profit de tout co-indivisaire, et en touchant par ce droit la cession de tout indivisaire, le champ d'application du droit de préemption se trouve notoirement élargi par rapport à celui de l'article 841 qui ne visait que le cohéritier ou successible. Nous nous étions longuement expliqués, au début de cette étude, sur les raisons pour lesquelles nous aurions souhaité qu'une cession de droits portant sur un bien indivis dans une communauté dissoute par décès soit frappée par le retrait successoral. Par cette réforme ce vœu se trouverait également exaucé.

Tous ces arguments font que nous adhérons avec enthousiasme au projet présenté par la Commission de réforme dont nous souhaitons vivement qu'il retienne l'attention du législateur. Néanmoins, nous aimerions faire les quelques remarques suivantes.

La qualité de personne étrangère à l'indivision à laquelle le projet

se réfère pour faire subir le droit de préemption ne résout pas entièrement le grave problème que nous avons exposé en son temps, soulevé à propos de l'ascendant donateur, du légataire d'usufruit et de l'usufruitier légal lorsque ces personnes se sont rendues cessionnaires de droits indivis. Nous n'avions pas reconnu à ces personnes le droit au retrait, mais nous nous étions expliqués sur les raisons pour lesquelles nous étions pour une solution qui les exempterait du retrait.

Si le projet ainsi présenté était adopté, ces personnes n'étant pas co-indivisaires n'auront pas l'exercice du droit de préemption : ce qui est dans la logique des choses. Mais pouvant être considérées comme étrangères à l'indivision (il n'y a pas, en effet, d'indivision entre usufruitiers et nus-propriétaires), elles seront soumises à ses effets en cas de cession de droits indivis à leur profit !

Dès lors il nous semble de la plus haute importance que la réforme envisagée précise que n'auront pas l'exercice du droit de préemption, mais n'y seront pas soumises, toutes les personnes qui possèdent à l'encontre de l'indivision uniquement un droit de retour ou un droit d'usufruit (que cet usufruit dérive de la loi ou de la volonté du défunt).

Nous approuvons les formes au moyens desquelles la Commission entend que l'indivisaire, voulant céder sa part doit tout d'abord, l'offrir à ses co-indivisaires : l'acte extra-judiciaire présente, en effet, en raison de l'importance des intérêts en jeu, des garanties que ne possèderait pas une simple lettre recommandée avec avis de réception : il ne s'agit pas là d'un formalisme rigoureux ni trop dispendieux.

Par contre, la décision d'accorder aux co-indivisaires un délai d'un mois pour donner leur réponse donne matière à quelques réserves. En effet, ce délai nous paraît beaucoup trop court. Certes, nous préconisons qu'un délai mette un terme à cette faculté ! mais il nous semble que la sécurité des contrats, comme la tranquillité des parties en cause ne souffriraient guère plus que ce délai soit quelque peu allongé. En effet, il n'est pas opportun en la matière de passer d'un extrême à l'autre : il ne faut pas perdre de vue qu'un intérêt familial est en jeu, l'intérêt reconnu puisque l'on donne à l'indivisaire la faculté de se défendre contre une cession faite à un étranger ; encore faut-il lui en laisser les moyens. Qu'on imagine, en effet, la situation d'un indivisaire auquel on notifie un projet de cession qu'il n'a pas pour agréable ; malheureusement pour lui, l'incidence pécuniaire de l'exercice du droit de préemption peut se traduire par un investissement de sommes qu'il ne possède pas : il lui faut donc le temps matériel de se retourner, de réaliser des biens ou d'emprunter les sommes nécessaires à l'exercice de son droit. Le retrait successoral, évidemment, lui donnait tout le loisir nécessaire pour agir...

En fait, nous pensons que ce serait une décision de sagesse, conciliant les intérêts en présence, que d'accorder au co-indivisaire un délai minimum de deux mois pour donner sa réponse (25). On pourrait rétorquer que le rythme des affaires actuellement ne permet pas d'entraver un rapport juridique pendant ce laps de temps. En réalité, on pourrait répondre que, sur le plan pratique, et compte tenu du rythme des affaires justement, un

---

(25) C'est le même délai qui est accordé par le Code civil allemand.

tel délai n'est pas superflu pour le cohéritier qui doit se procurer les ressources nécessaires et réfléchir un tant soit peu sur la décision qu'il doit prendre.

Cette incidence financière que nous venons de souligner nous amène à considérer le point suivant : on peut facilement imaginer que, pour échapper au risque de préemption, cédant et cessionnaire exagèrent intentionnellement le prix de leur cession. Cette possibilité de fraude, qui existe nous le savons en matière de retrait successoral, est évidente. Une réforme ne peut être une panacée et, sur ce point particulier, la préemption n'est pas un correctif. On aurait pu imaginer, comme en matière de préemption du preneur d'immeubles affermés, la faculté de demander l'expertise en cas de prix jugé excessif. Ce palliatif corrigerait semble-t-il le risque d'une fraude mais créerait, par contre coup, un inconvénient : on pourrait craindre, en effet, que l'expertise ne soit demandée que dans l'intention de nuire (c'est-à-dire d'empêcher ou de retarder la cession). Il reste que dans cette hypothèse on pourrait encore exiger de celui qui demande l'expertise de se porter acquéreur au prix fixé par elle. Néanmoins il nous semble inopportun de préconiser ces solutions, génératrices de chicanes et de procès : en cas de fraude, le cohéritier pourra toujours demander une expertise dont il aura la charge de la preuve il est vrai.

Une autre possibilité de fraude dans notre domaine reste en suspens : c'est la cession de droits indivis consentie à un étranger, déguisée sous forme de donation. Pourrait-on, sur le plan législatif, remédier à cette fraude ? Nous pensons que la donation de droits indivis, même sincère, présente déjà au sein de l'indivision pratiquement les mêmes inconvénients que la cession ; elle implique la même intrusion d'un étranger auquel on reconnaît seulement des intentions moins funestes. Il n'est point de notre propos de rechercher pourquoi une intention libérale porte sur des droits indivis, et il n'est pas non plus dans notre intention de préconiser l'interdiction d'une telle donation. S'il semble vain, dans l'état actuel des positions prises par la jurisprudence et par la doctrine, de se prononcer en faveur de l'exercice du droit de préemption contre une donation de droits indivis (dont l'exercice serait possible en remboursant la valeur des biens donnés), il nous paraît, par contre, que les indivisaires doivent avoir leur mot à dire. Dans une société de personnes les statuts interdisent bien l'accès de la société à une personne reconnue indésirable par les associés. Dès lors on pourrait très bien imaginer qu'une donation de droits indivis ne serait possible qu'après l'autorisation de la majorité des indivisaires représentant par exemple les trois quarts de l'indivision. Si les indivisaires se prononcent à la majorité requise en faveur d'une telle donation, c'est qu'ils auront estimé que ses conséquences ne présentent pas les inconvénients contre lesquels la loi voulait les prémunir.

Une telle solution pourrait être également donnée, pour les mêmes raisons, en cas d'échange de droits indivis projeté en faveur d'un étranger.

Le droit de préemption, substitué au retrait successoral dans les conditions que nous venons d'analyser, nous paraît donc être la meilleure solution offerte au législateur pour concilier tous les intérêts soulevés par le problème de la réforme qu'il est souhaitable de réaliser dans ce domaine, qu'il s'agisse de l'intérêt individuel, de l'intérêt de la famille ou de l'intérêt

général. Le retrait successoral, avait pour le cohéritier, l'avantage de lui laisser le temps de la réflexion. Le droit de préemption, tel qu'on peut le concevoir, procure au co-indivisaire une arme défensive tout aussi efficace que celle qui résultait du retrait, s'étendant sur un plus grand nombre de cessions. La faculté légale conserve son caractère et sa finalité, elle s'exercera plus rapidement, mais son champ d'application sera étendu.

CONCLUSION

Prenant sa source dans les méandres des idées et des nécessités qui présidèrent à la création empirique de certains concepts juridiques de notre ancien Droit, le retrait successoral, contre vents et marées, a été maintenu dans notre Code civil parce que l'intérêt pratique qu'on lui reconnaissait fut jugé supérieur aux inconvénients certains que le droit individualiste de l'époque ne manquait pas de relever contre lui.

En fait, pendant tout le cours du XIX[e] siècle, où l'intérêt individuel domina l'intérêt collectif, le retrait successoral n'a pas connu cette vitalité qui est l'apanage des institutions reflétant les idées du moment : il a donc, en ce temps là, survécu, au sens propre du terme, et la cause de sa survie tient à son particularisme qui le mit alors à l'abri de tout projet de suppression, contrairement au vœu exprimé par un bon nombre de juristes.

En réalité, c'est une institution qui, à cette époque, pouvait paraître plus archaïque que de nos jours où une certaine conception de l'intérêt privé a évolué. C'est qu'en effet son existence est conditionnée par les conceptions politiques, sociales et économiques dont l'évolution, suivant les cas, lui confère plus ou moins de dynamisme.

Cette évolution est, dans notre société moderne, favorable à la protection de cet intérêt éminemment respectable du groupe familial, qu'assure le retrait successoral. Par contre, le mécanisme désuet qu'il faut mettre en œuvre pour l'exercer, dont nous avons analysé tous les aspects au cours de cette étude, n'est plus adapté, quant à lui, aux exigences de cette société.

C'est pour cette double raison, tenant au fait qu'il faut conserver le but poursuivi tout en réformant les moyens par lesquels on doit y parvenir, que nous préconisons la substitution d'un droit de préemption à celui du retrait successoral.

Et n'est-ce pas un curieux phénomène juridique que de voir une institution remplacée par celle-ià même qui lui doit une grande partie de sa substance ?

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

DEMOLOMBE, Traité des successions, 1875.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, Traité théorique et pratique de Droit civil, IX, Des successions, t. III, 3e éd., 1905.

VAN BIERVLET, Cours de Droit civil, Des successions, Louvain et Paris, 1921.

BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIERE et LE BALLE, Cours de Droit civil français de Ch. Beudant, les successions ab intestat, t. V bis, 2e éd., 1936.

JOSSERAND, Cours de Droit civil positif français, t. II, 3e éd. 1940.

COLIN et CAPITANT, Cours élémentaires de Droit civil français, t. III, 10e éd., par Julliot de la Morandière, 1950.

AUBRY et RAU, Cours de Droit civil français, T. X, 6e éd., par Esmein, 1954.

PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de Droit civil français, t. IV, Successions, 2e éd., par Maury et Vialleton, 1956.

RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de Droit civil, de Planiol, t. IV, 1959.

HENRI et LEON MAZEAUD et JEAN MAZEAUD, Leçons de Droit civil, t. IV, 1963.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

I. — THESES

Sur le retrait successoral :

COYREAU, thèse, Poitiers, 1844.

GUEYFIER, thèse, Grenoble, 1855.

BLECH, thèse, Strasbourg, 1859.

BLOCAILLE, thèse, Strasbourg, 1866.

THELLIER, thèse, Paris, 1876.

GATINE, thèse, Paris, 1880.

DOBRICEANU, thèse, Paris, 1881.

GROSS, thèse, Paris, 1881.

COUBAULT, thèse, Caen, 1883.

BLANCKAERT, thèse, Paris, 1895.

CAUVY, thèse, Paris, 1928.

Sur les retraits :

GODET, thèse, Poitiers, 1846.

DOUBLET, thèse, Paris, 1859.

FOURNIER, thèse, Dijon, 1862.

GRENIER, thèse, Paris, 1872.
RODIERE, thèse, Toulouse, 1872.
TERRAT, thèse, Paris, 1872.
FLURER, thèse, Nancy, 1874.
BOURGEOIS, thèse, Dijon, 1876.
DETCHEVERRY, thèse, Bordeaux, 1881.
DUGE, thèse, Caen, 1883.
PERRIN, thèse, Aix, 1893.
DELCOURT, thèse, Caen, 1898.
GERARD, thèse, Paris, 1900.

Autres thèses :

HEBERT, La cession de droits successifs en droit civil et en droit fiscal, thèse, Pairs, 1898.
MERLE, Essai de contribution à l'acte déclaratif, thèse, Toulouse, 1948.
SIESSE, Contribution à l'étude de la communauté d'héritier en droit comparé, thèse, Paris, 1922.
DEPREZ, La rétroactivité dans les actes juridiques thèse, Rennes, 1953.

II. — AUTRES OUVRAGES

BENOIT, Traité du retrait successoral, Grenoble, 1838.
BOULET, des retraits sous le Code civil et de quelques autres dispositions restrictives de la liberté du commerce, Paris, 1888.

III. — ARTICLES DE REVUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ARTICLES DE REVUES

BRIVE-CAZES, Revue de législation et de jurisprudence, t. XL (Collection Wolwski), 1851, p. 69.
LABBE, Etude sur les retraits, Revue critique de législation et de jurisprudence, t. 6, 1855, p. 142.
DEMOLOMBE, De l'effet du retrait, Revue pratique de droit français, t. 7, 1859, p. 335.
MOURLON, De la nature et des effets du retrait successoral examen de la doctrine de M. Demolombe sur ce point, eod., t. 9, 1860, p. 241.
HEAN, le retrait successoral, eod. tome 18, 1864, p. 323
BATBIE, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1866, p. 146.
DESJARDINS, Du retrait successoral, recherches sur l'origine de l'article 841, Revue pratique de droit français, t. 30, 1870, p. 497.
GUYOT, La renaissance des retraits, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1924, p. 101.
VIALLETON, Conditions d'exercice du retrait successoral dans la jurisprudence civile, Revue critique, 1928, p. 19, n° 6.
LEBRET, Du sort des droits consentis sur les biens indivis, eod., 1928, p. 414.
TALLON, Retraits et préemptions, contribution à l'étude des retraits, Revue trimestrielle de droit civil, 1951, p. 208.

TURGEON, Retrait successoral, Revue du Notariat, volume 59, Montréal, 1956.

DELMAS SAINT-HILAIRE, le retrait successoral : remarques sur son actualité, Revue juridique et économique du Sud-Ouest, Série juridique, Bordeaux, 1958, p. 37.

Travaux de la commission de réforme du Code civil, années 1953-1954 (et 1954-1955) p. 198. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1957.

NOTES DE JURISPRUDENCE

CAPITANT, notes sous :
Orléans, 7 juill. 1906, D. P. 1908. 2. 345.
Civ., 14 déc. 1908, D. P. 1909. 1. 457.

CAVARROC, notes sous :
Civ., 26 déc. 1951, J. C. P., 1952, II, éd. N., 6. 715.
Civ., 2 janv. 1952, J. C. P., 1952, II, éd. N., 6. 905.

GAUDEMET, comm. in rev. tr. drt. civ., 1924 p. 673, n° 6 (sur trib. — Espalion, 5 déc. 1923).

HEBRAUD, obs. in rev. tr. drt. civ., 1963, p. 136, n° 3 B (sur Grenoble, 2 oct. 1962).

HUGUENEY, Comm. eod., 1921, p. 297 (sur req., 21 déc. 1920).

LAGARDE, note sous :
Paris, 27 déc. 1927, S. 1928. 2. 41.

LYON-CAEN, notes sous :
Civ., 12 déc. 1894, S. 1895. 1. 257.
Civ., 8 mars 1909, S. 1909. 1 65.
Civ., 14 déc. 1908. S. 1908. 1. 497.

NAST, note sous .
Civ., 8 mars 1909, D. P. 1909. 1. 305, et comm., revue critique, t. 48, 1928, p. 133, N° 4, (pour Montpellier, 20 janv. 1926).

PILON, obs. in rev. trim. dr. civ., 1906, p. 184, (sur req., 5 juin 1905).

RAISON, notes sous :
Aix, 9 juillet 1951, Journ. Not. 1952, 40.
Civ., 26 déc. 1951, Journ. 1952, art. 43. 781, p. 407.
Riom, 20 oct. 1955, Journ. Not., 1957, art. 45. 277, p. 313.
Cass. civ., 1re sect. civ., 4 janv. 1956, Journ. Not., 1956, art. 45. 128, p. 703.

RODIERE, note sous :
Req., 16 juill. 1861, journal du Palais, 1862.362.

SAVATIER, obs. dans la revue trimestrielle de droit civil :
1928, p. 186 (sur Paris, 27 déc. 1927).
1936, p. 522, n° 5 (sur Trib. Ajaccio, 24 janv. 1936).
1947, p. 210, n° 3 (sur Grenoble, 22 oct. 1945).
1949, p. 547, n° 2 (sur Trib. Bourganeuf, 24 juin 1949).
1952, p. 90, n° 2 (sur Civ., 23 oct. 1951).
1952, p. 246, n° 1 (sur civ., 2 janv. 1952).
1953, p. 726, n° 4 (sur civ., 7 avr. 1953).
1956, p. 375, n° 1 (sur civ., 21 déc. 1954).
1956, p. 164, n° 5 (sur civ., 15 juin 1955).
1956, p. 567, n° 5 (sur civ., 5 mars 1956).
1957, p. 155, n° 3 (sur Paris, 25 juin 1956).
1958, p. 113, n° 2 (sur civ., 15 oct. 1957).
1958, p. 135, n° 3 (sur civ., 25 nov. 1957).
1959, p. 133, n° 2 (sur Rouen, 10 juin 1958).
1962, p. 142, n° 2 (sur civ., 19 avr. 1961).

VIALLETON, notes sous :
Trib. Espalion, 5 déc. 1923, S. 1924. 2. 105.
Lyon, 28 oct. 1931, S. 1932. 2. 217.
Civ., 13 juillet 1955, D. 1956. 334. 335 et 337.

WAHL, notes sous :
Civ., 27 janv. 1892, S. 1893. 1. 17.
Req., 5 juin 1905, S. 1907. 1. 225.
Orléans, 7 juillet 1906, S. 1907. 2. 121.
et obs. in rev. trim. dr. civ., 1906, p. 933
et 935 (sur Orléans, 7 juillet 1906, préc).

VOIRIN, note sous :
Cass. cvi., 1re sect. civ., 21 oct. 1964, J. C. P. 65, II, éd. N., 14.168.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LE RETRAIT SUCCESSORAL

I. — ARRETS DE CASSATION

1. Cass., 3 fruct. au V : C. N. 1. 1. 80 ; D. A. 4. 725.
2. Cass., 14 Germ. au X : C. N. 1. 1. 618.
3. Cass., 19 août 1806 : S. V. 7. 1. 74 ; D. A. 12. 926.
4. Cass., 9 sept. 1806 : S. V. 8. 1. 523.
5. Cass., rej., 1er déc. 1806 : S. V. 6. 2. 948 ; C. N. 2. 1. 314 ; D. A. 12. 487.
6. Cass., rej., 22 avr. 1808 : S. V. 8. 1. 525 ; D. A. 12. 493.
7. Cass., 14 mars 1810 : S. V. 10. 1. 230 ; D. A. 12. 495.
8. Cass., rej., 19 oct. 1814 : S. V. 15. 1. 112 ; D. A. 12. 492.
9. Cass., rej., 14 juin 1820 : S. V. 21. 1. 92.
10. Cass., rej., 4 déc. 1820 : S. V. 22. 1. 74 ; D. A. 12. 501.
11. Cass., rej., 8 juin 1826 : S. V. 26. 1. 399 ; D. P. 26. 1. 305.
12. Cass., 28 août 1827 : S. V. 27. 1. 537 ; D. P. 27. 1. 591.
13. Cass., rej., 20 mars 1828 : S. V. 28. 1. 373 ; D. P. 28. 1. 185.
14. Cass., 4 mai 1829 : S. V. 29. 1. 177 ; D. P. 29. 1. 235.
15. Cass., rej., 2 déc. 1829 : S. V. 30. 1. 29 ; D. P. 30. 1. 16.
16. Cass., rej., 21 avr. 1830 : S. V. 30. 1. 169 ; D. P. 30. 1. 214.
17. Cass., 3 mai 1830 : S. V. 30. 1. 165 ; D. P. 30. 1. 232.
18. Cass., 9 août 1830 : S. V. 35. 2. 349.
19. Cass., rej., 15 mars 1831 : S. V. 31. 1. 183 ; D. P. 31. 1. 109.
20. Cass., 27 juin 1832 : S. V. 32. 1. 852 ; D. P. 32. 1. 241.
21. Cass., rej., 15 mai 1833 : S. V. 33. 1. 369 ; D. P. 33. 1. 212.
22. Cass., rej., 5 déc. 1833. : S. V. 34. 1. 135 ; D. P. 34. 1. 7.
23. Cass., rej., 1er juill. 1835 : S. V. 35. 1. 843 ; D. P. 35. 1. 400.
24. Cass., rej., 14 août 1840 :S. V. 40. 1. 754 ; D. P. 40. 1. 321.
25. Cass., rej., 17 juillet 1843 : S. V. 43. 1. 697.
26. Cass., 15 mai 1844 : S. V. 44. 1. 605 ; D. P. 44. 1. 278.
27. Cass., rej., 25 juill. 1844 : S. V. 44. 1. 614 ; D. P. 44. 1. 428.
28. Civ., 24 nov. 1847 : S. 48. 1. 21 ; D. P. 47. 4. 427.
29. Civ., 16 mai 1848 : S. 48. 1. 388 ; D. P .48. 1. 125.
30. Civ., 7 janv. 1857 : S. 57. 1. 369 ; D. P. 57. 1. 81.
31. Civ., rej., 31 mai 1859 : D. P. 59. 1. 241.
32. Req., 16 juill. 1861 : D. P. 61. 1. 473 ; Journ. du Palais 1862. p. 363 ; S. 61. 1. 817.
33. Req., 6 nov. 1861 : S. 62. 1. 1025 ; D. P. 62. 1. 335.
34. Req., 2 juill. 1862 : S. 62. 1. 859 ; D. P. 62. 1. 431.
35. Req., 12 août 1868 : S. 68. 1. 380 ; D. P. 71. 1. 342.
36. Req., 23 mars 1870 : S. 1. 1. 78 ; D. P. 70. 1. 422.
37. Civ., rej., 8 nov. 1882 : S. 83. 1. 125 ; D. P. 83. 1. 268 ; Gaz. Pal. 83. 1. 101.
38. Req., 7 janv. 1885 : S. 86. 1. 164 ; D. P. 85. 1. 252.
39. Civ., rej., 26 janv. 1887 : S. 90. 1. 293 ; D. P. 87. 1. 275.

40. Civ., 27 janv. 1892 : S. 93. 1. 17 ; D. P. 92. 1. 113 ; Gaz. Pal. 92. 1. 238.
41. Req., 20 juill. 1893 : S. 94. 1. 23 ; D. P. 93. 1. 592.
42. Civ., 12 déc. 1894 : S. 95. 1. 257 ; D. P. 95. 1. 286 ; Gaz. Pal. 95. 1. 22.
43. Civ., 19 juin 1895 : D. P. 95. 1. 470.
44. Req., 16 mars 1898 : S. 98. 1. 280 ; D. P. 98. 1. 359 ; Gaz. Pal. 98. 1. 436.
45. Req., 5 juin 1905 : S. 07. 1. 225 ; D. P. 06. 1. 167 ; Gaz. Pal. 06. 1. 55 ; Pand. Franc. 06. 1. 119.
46. Civ., 14 déc. 1908 : S. 08. 1. 497 ; D. P. 09. 1. 457 ; Gaz. Pal. 09. 1. 38.
47. Civ., 8 mars 1909 : D. P. 09. 1. 305.
48. Civ., 23 juin 1909 : S. 10. 1. 374 ; D. P. 10. 1. 286 ; Gaz. Pal. 09. 2. 108.
49. Civ., 21 juin 1911 : Gaz. Pal. 11. 2. 71.
50. Civ., 20 avr. 1915 : D. 20. 1. 1954 ; Gaz. Pal. 15 288.
51. Civ., 23 avr. 1918 (2e espèce) : S. 22. 1. 10 ; D. P. 20. 1. 99.
52. Req., 21 déc. 1920 : S. 21. 1. 134 ; Gaz. Pal. 21. 1. 117.
53. Req., 15 mars 1922 : D. P. 22. 1. 183 ; Gaz. Pal. 22. 2. 21.
54. Req., 4 février. 1924 : Gaz. Pal. 24. 2. 55.
55. Req., 18 mai 1931 : D. H. 31. 347 ; Gaz. Pal. 31. 2. 345.
56. Req., 9 février 1934 : S. 34. 1. 151 ; D. H. 34. 161 ; Gaz. Pal. 34. 1. 740 ; em. jur. 1934. p. 710.
57. Civ., 22 janv. 1936 : D. H. 36. 166 ; Gaz. Pal. 36. 1. 583 ; Sem. jur. 1936, p. 498.
58. Req., 30 juin 1947 ; S. 48. 1. 101.
59. Civ. sect. civ., 23 oct. 1951 : D. 1951. 771 ; Gaz. Pal. 52. 1. 39 ; J. C. P. 52, 11, éd. N., 7072 ; Bull. cass. civ., 1951, I., nº 267, p. 207.
60. Civ. sect. civ., 26 déc. 1951 : J. C. P., 1952, II, éd. N., 6715 ; Bull. cass. civ., I, 1951, nº 367, p. 288.
61. Civ., sect. civ., 2 janv. 1952 : D. 52. 213 ; J. C. P. 1952, II, éd. N., 6905.
62. Civ. 1re, 17 avr. 1953 : S. 54. 1. 25 ; D. 53. 421 : Bull. Cass. civ., 53, I, nº 124, p. 105 ; J. C. P., 54, II, éd. N., 8131.
63. Civ. 1re, 28 avr. 1953 : D. 53. 443 ; Gaz. Pal. 53. 2. 13 ; Bull. cass. civ., 53, I, nº 139, p. 116.
64. Civ. 1re, 18 janv. 1954 : Bull. cass. civ., 54, I, nº 25, p. 19.
65. Civ. 1re, 1er juin 1954 : D. 56, somm. 8 ; Bull. cass. civ., 54, I, nº 178, p. 152.
66. Civ. 1re, 21 déc. 1954 : D. 56. somm. 4 ; Bull. cass. civ., 54, I, nº 379, p. 317 ; J. C. P. 55, IV, éd. G., 14.
67. Civ. 1re, 16 mars 1955. J. C. P., 55, IV, éd. G, p. 62 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 123, p. 106.
68. Civ. 1re, 28 mars 1955 : J. C. P. 55, IV, éd. G., 77 ; Bull. cass. civ, 55, I, nº 140, p. 120.
69. Civ. 1re, 28 mars 1955 : Bull. cass. civ., 55, I, nº 141, p. 121.
70. Civ. 1re, 29 mars 1955 : Bull. cass. civ., 55, I, nº 144, p. 123.
71. Civ. 1re, 9 mai 1955 : D. 55. somm. 60 ; J. C. P., 55, éd. G, IV, 92 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 189, p. 161.
72. Civ. 1re, 15 juin 1955 : D. 55. 684 ; Gaz. Pal. 55. 2. 261 ; J. C. P. 55, IV, éd. G, 110 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 252, p. 215.
73. Civ. 1re, 11 juill. 1955 : D. 56. somm. 76 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 300 (arrêt nº 3), p. 251.
74. Civ. 1re, 11 juill. 1955 : D. 56. 336 ; J. C. P., 55, IV, éd. G., 126 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 296, p. 247.
75. Civ. 1re, 11 juill. 1955 : D. 56. 336 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 295, p. 247.
76. Civ. 1re, 11 juill. 1955 : D. 56 — 337 ; J. C. P. 55, IV, éd. G., 126, Bull. cass. civ., 55, I, nº 297, p. 248.
77. Civ. 1re, 12 juill. 1955 : D. 56 Somm. 76 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 300 (arrêt nº 1), p. 251.
78. Civ. 1re, 13 juill. 1955 ; D. 56 Somm. 76 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 300 (arrêt nº 2), p. 251.
79. Civ. 1re, 13 juill. 1955 : D. 56. 337 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 300 (arrêt nº 4), p. 252, J. C. P. 55, IV, éd. G., 126.
80. Civ. 1re, 13 juill. 1955 : D. 56. 334 ; J. C. P., 55, IV, éd. G., 126 , Bull. cass. civ., 55, I, nº 300 (arrêt nº 5), p. 252.

81. Civ. 1re, 3 nov. 1955 ; J. C. P., 55, IV, éd. G. 170.
82. Civ. 1re, 23 nov. 1955 : J. C. P., 55, IV, éd. G. 182 ; Bull. cass. civ., 55, I, nº 408, p. 329.
83. Civ. 1re, 14 déc. 1955 ; J. C. P., 56, IV, éd. G. 11, Bull. cass. civ., 55, I, nº 448, p. 358.
84. Civ. 1re, 4 janv. 1956 : J. C. P. 56, IV, éd. G, 24 ; Journ. not. 56, art. 45 128, p. 703 ; Bull. cass. civ., 56, I, nº 8, p. 6.
85. Civ. 1re, 5 mars 1956 : D. 56. 302 ; J. C. P. 56, IV, éd. G, 58 et II, éd. N ; 9426 ; Bull. cass. civ., 56, I, nº 112, p. 92.
86. Civ. 1re, 15 oct. 1957 : D. 58 somm. 6 ; Gaz. Pal. 57. 2. 317 ; Bull. cass. civ., 57, I, nº 374, p. 299 ; J. C. P., 57 ; IV, éd. G., 166.
87. Civ. 1re, 12 nov. 1957 : Bull. cass. civ., 57, I, nº 428, p. 346.
88. Civ. 1re, 25 nov. 1957 : D. 58. 1. 292 ; J. C. P. 58, II, éd. N., 10911 ; Bull. cass. civ., 57, I, nº 451, p. 364.
89. Civ. 1re, 27 déc. 1957 : Bull. cass. civ., 57, I, nº 510, p. 413.
90. Civ., 1re, 28 déc. 1957 : Bull. cass. civ., 57, I, nº 515, p. 416.
91. Civ. 1re, 26 février 1958 : J. C. P., 58, IV, éd. G, 51, Bull. cass. civ., I, 58, nº 121, p. 93.
92. Civ. 1re, 21 mai 1959 : D. 59, somm. 106.
93. Civ. 1re, 30 mai 1960 : Bull. cass. civ., 60, I, nº 297, p. 243.
94. Civ. 1re, 1 mars 1961 : Bull. cass. civ., 61, I, nº 136, p. 109.
95. Civ. 1re, 20 mars 1961 : J. C. P. 61, IV, éd. G, 71 ; Bull. cass. civ., 61, I, nº 175, p. 139.
96. Civ. 1re, 17 avr. 1961 : Bull. cass. civ., 61, I, nº 205, p. 161.
97. Civ. 1re, 19 avr. 1961 ; D. 61. 663 ; J. C. P., 61, IV, éd. G. 83 ; Bull. cass. civ., 61, I, nº 217, p. 171.
98. Civ. 1re, 5 juill. 1961 : J. C. P., 61, IV, éd. G, 127 ; Bull. cass. civ., 61, I, nº 378, p. 301.
99. Civ. 1re, 17 juill. 1961 : J. C. P., 61, IV, éd. G, 135 ; Bull. cass. civ., 61, I, nº 409, p. 322.
100. Civ. 1re, 3 oct. 1961, : D. 62. Somm. 54 ; Bull. cass. civ., 61, I, p. 340.
101. Civ. 19, déc. 1961 : Bull. cass. civ., 61, I, nº 616, p. 490.
102. Civ. 30 mai 1962 : J. C. P., 62, IV, éd. G, 98, Bull. cass. civ., 62, I, 245.
103. Civ. 1re, 19 juin 1962 : J. C. P., 62, II, éd. G, 12891, Bull. cass. civ., 62, I, 280.
104. Civ. 1re, 4 fév. 1964 : Bull. cass. civ., 64, II, nº 68, p. 48.
105. Civ. 1re, 21 oct. 1964, J. C. P., 65, II, éd. N., 14168.

II. — ARRETS DE COURS D'APPEL

1. Besançon, 31 janv. 1800 : S. V. 13. 2. 362 ; D. A. 12. 499.
2. Angers, 27 Pluv. au XII : D .A. 12. 484 ; C. N. 1. 2. 178.
3. Paris, 9 vent. au XII : D. A. 12. 492 ; S. V. 7. 2. 1259.
4. Dijon, 20 therm. au XII : S. V. 5. 2. 441 ; D. A. 12 492.
5. Bourges, 12 mars au XIII : C. N. 2. 2. 60.
6. Amiens, 13 mars 1806 : D. A. 12. 187 ; C. N. 2. 2. 122.
7. Rouen, 24 mars 1806 : S. V. 6. 2. 140 ; D. A. 12. 492.
8. Colmar, 11 mars, 1807 : S. V. 7. 2. 181 ; D. A. 12.928.
9. Rouen, 21 juillet 1807 : S. V. 8. 2. 49 ; D. A. 12 494.
10. Besançon, 12 janv. 1808 : S. V. 8. 1. 551.
11. Angers, 8 avr. 1808 : S. V. 8. 2. 219.
12. Riom, 21 janv. 1809 : S. V. 13. 2. 324 ; D. A. 12. 491.
13. Besançon, 31 janv. 1809 : S. V. 13. 2. 362 ; D. A. 12. 499.
14. Aix, 5 déc. 1809 : S. V. 12. 2. 379 ; D. A. 12. 498.
15. Paris, 31 juill. 1810 : C. N. 3. 2. 217.
16. Limoges, 15 janv. 1812 : C. N. 4. 2. 13.
17. Bourges, 27 mai 1812 : C. N. 4. 2. 120.
18. Caen, 17 fév. 1813 : D. A. 12. 496 ; C. N. 4. 2. 259.
19. Paris, 21 juin 1813 : S. V. 14. 2. 252 ; D. A. 12. 499.
20. Riom, 3 mars 1814 : C. N. 4. 2. 382.
21. Rennes, 21 fév. 1818 : C. N. 5. 2. 355.
22. Grenoble, 2 avr. 1818 : C. N. 5. 2. 370.
23. Limoges, 14 mai 1819 : C. N. 6. 2. 73.
24. Toulouse, 20 août 1819 : C. N. 6. 2. 138.
25. Rennes, 7 déc. 1819 : C. N. 6. 2. 163.
26. Bourges, 29 fév. 1820 : C. N. 6. 2. 216
27. Angers, 13 avr. 1820 : S. V. 21. 2. 306 ; D. A. 12. 494.
28. Paris, 2 août 1821 : S. V. 22. 2. 29 ; D. P. 1822. 2. 55.
29. Paris, 16 mai 1823 : S. V. 23. 2. 244 ; D. A. 12. 191.
30. Nîmes, 4 déc. 1823 : C. N. 7. 2. 273 ; D. A. 12. 489.
31. Grenoble, 3 juill. 1824 : S. V. 25. 2. 63 ; D. P. 25. 2. 77.
32. Montpellier, 7 juill. 1824 : CS. V. 25. 2. 313 ; D. A. 12. 490.
33. Grenoble, 6 juin 1826 : C. N. 8. 2. 241.
34. Dijon, 8 juill. 1826 : S. V. 29. 2. 157.
35. Bordeaux, 19 juill. 1826 : S. V. 27. 2. 12. D. P. 27. 2. 17.
36. Bordeaux, 29 janv. 1827 : C. N. 8. 2. 323.
37. Riom, 2 mars 1827 : S. V. 29. 2. 167 ; D. P. 29. 2. 197.
38. Nîmes, 3 mai 1827 : C. N. 8. 2. 364 ; D. P. 28. 2. 218.
39. Limoges, 24 déc. 1828 : S. V. 32. 1. 852.
40. Bourges, 19 janv. 1830 : S. V. 30. 2. 146 ; D. P. 30. 2. 65.
41. Nîmes, 30 mars 1830 : S. V. 30. 2. 135 ; D. P. 30. 2. 183.
42. Pau, 14 mai 1830 : S. V. 31. 2. 284 ; D. P. 31. 2. 83.
43. Pau, 10 juin 1830 : S. V. 31. 2. 52 ; D. P. 31. 2. 27.
44. Lyon, 17 mai 1831 : S. V. 33. 2. 156 ; D. P. 32. 2. 169.
45. Bourges, 12 juill. 1831 : S. V. 32. 2. 50 ; D. P. 32. 2. 71.
46. Orléans, 29 fév. 1832 : S. V. 36. 2. 534 ; D. P. 37. 2. 32.
47. Bordeaux, 16 mars 1832 : S. V. 32. 2. 473, D. P. 32. 2. 168.
48. Dijon, 26 juill. 1832 : S. V. 34. 1. 312 ; D. P. 34. 1. 272.
49. Bourges, 16 déc. 1833 ; S. V. 34. 2. 652 ; D. P. 34. 2. 99.
50. Paris, 14 fév. 1834 : S. V. 34. 2. 650 : D. P. 34. 2. 56.
51. Paris, 14 juin 1834 : S. V. 36. 2. 113.
52. Bastia, 23 mars 1835 : S. V. 35. 2. 349 ; D. P. 35. 2. 58.
53. Grenoble, 4 juin 1835 : S. V. 37. 2. 109 ; D. P. 37. 2. 121.
54. Paris, 7 juill. 1836 : S. V. 36. 2. 458 ; D. P. 36. 2. 185.
55. Pau, 19 août 1837 : S. V. 39. 2. 153 ; D. P. 39. 2. 26.

56. Amiens, 11 janv. 1839 : S. V. 39. 2. 384 ; D. P. 39. 2. 283.
57. Orléans, 18 mai 1839 : S. V. 39. 2. 386 ; D. P. 39. 2. 260.
58. Toulouse, 22 fév. 1840 : S. V. 40. 2. 318.
59. Grenoble, 7 avr. 1840 : S. V. 42. 2. 2.2; D. P. 42. 2. 77.
60. Toulouse, 7 mai 1840 : S. V. 40. 2. 347 ; P. 40. 2. 89.
61. Bourges, 9 mars 1842 : S. V. 43. 2. 77 ; D. P. 43. 2. 34.
62. Caen, 19 mars 1842 : S. V. 43. 2. 96.
63. Lyon, 19 juill. 1843, sous cass. rej., 25 juill. 1844 ; S. V. 44. 1. 614 ; D. P. 44. 1. 428.
64. Bordeaux, 28 juin 1844 : S. V. 45. 2. 407 ; D. P. 45. 2. 123.
65. Limoges, 13 juill. 1844 : S. V. 45. 2. 507 ; D. P. 46. 4. 468.
66. Agen, 8 avr. 1845 : S. V. 46. 2. 189 ; D. P. 45. 2. 123.
67. Riom, 9 mars 1846 : S. V. 46. 2. 257 ; D. P. 46. 2. 121.
68. Grenoble, 3 juin 1846 : S. V. 47. 2. 394 ; D. P. 47. 4. 426.
69. Riom, 13 nov. 1846 : S. V. 47. 2. 200 ; D. P. 47. 2. 85.
70. Dijon, 11 janv. 1847 : S. V. 48. 2. 313.
71. Limoges, 14 mars 1848 : S. 48. 2. 454 ; D. P. 50. 5. 410.
72. Riom, 23 avr. 1848 : S. 48. 2. 198.
73. Montpellier, 8 juin 1848 : S. 49. 2. 280 ; D. P. 48. 2. 135.
74. Caen, 22 juill. 1848 : D. P. 49. 2. 11.
75. Riom, 23 nov. 1848 : S. 49. 2. 85 ; D. P. 49. 2. 50.
76. Bordeaux, 24 juill. 1850 : D. P. 55. 2. 204.
77. Agen, 2 avr. 1851 : S. 52. 2. 307 ; D. P. 51. 2. 151.
78. Paris, 2 avr. 1852 : S. 52. 2. 671 ; D. P. 53. 2. 150.
79. Limoges, 30 juin 1852 : S. 52. 2. 569 ; D. P. 54. 2. 109.
80. Toulouse, 31 déc. 1852 : S. 53. 2. 23 ; D. P. 54. 2. 226.
81. Montpellier, 16 juill. 1853 : S. 54. 2. 30 ; D. P. 54. 5. 662.
82. Montpellier, 18 nov. 1853 : S. 54. 2. 20 ; D. P. 55. 2. 90.
83. Dijon, 17 fév. 1854 : S. 54. 2. 424 ; D. P. 54. 5. 663.
84. Bordeaux, 23 avr. 1856 : S. 57. 2. 27 ; D. P. 56. 2. 202.
85. Bordeaux, 25 mars 1857 : D. P. 57. 2. 116 ; S. 58. 2. 289.
86. Montpellier, 29 avr. 1857 : D. P. 57. 2. 214.
87. Besançon, 5 juin 1857 : S. 58. 2. 292 ; D. P. 58. 2. 111.
88. Pau, 14 fév. 1860 : S. 61. 2. 113 ; D. P. 60. 2. 115.
89. Agen, 26 août, 1862 : D. P. 62. 2. 210. 211.
90. Caen, 28 mai 1867 : S. 68. 2. 271 ; D. P. 68. 2. 190.
91. Chambéry, 27 juin 1872 : S. 72. 2. 77 ; D. P. 72. 2. 239 ; P. 72. 452.
92. Besançon, 6 fév.1872 : D. P. 72. 2. 140.
93. Angers, 11 mai 1876 : S. 77. 2. 245 ; D. P. 76. 2. 232.
94. Chambéry, 12 fév. 1878 : S. 79. 2. 33 ; D. P. 79. 2. 201.
95. Paris, 29 juin 1878 : S. 80. 2. 39 ; D. P. 79. 2. 271.
96. Rennes, 15 janv. 1880 : S. 81. 2. 185 ; D. P. 81. 2. 114.
97. Agen, 27 janv. 1880 : S. 81. 2. 9. ; D. P. 80. 2. 187.
98. Pau, 16 mai 1887 : Gaz. Pal. 87. 2. 442.
99. Toulouse, 11 fév 1888 : Gaz. Pal. 88. 2. supp. 13.
100. Agen, 13 juin 1892 : Gaz. Pal. 92. 2. 145.
101. Pau, 12 déc. 1892 : D. P. 94. 2. 167.
102. Chambéry, 19 avr. 1894 : S. 96. 2. 307 ; D. P. 96. 2. 324.
103. Lyon, 8 mai 1896 : Gaz. Pal. 96. 2. 117.
104. Paris, 20 juill. 1897 (sous Req. 16 mars 1898) : D. P. 98. 1. 359. S. 98. 1. 280 ; Gaz. Pal. 98, 1. 436.
105. Montpellier, 2 mai 1898 : Gaz. Pal. 98. 2. 133.
106. Nancy, 4 fév. 1899 : Gaz. Pal. 99. 1. 466.
107. Poitiers, 6 fév. 1901 : S. 02. 2. 197 ; D. P. 01. 2. 433.
108. Orléans, 7 juill. 1906 : S. 07. 2. 121 ; D. P. 08. 2. 345 ; Gaz. Pal. 06. 2. 284.
109. Chambéry, 11 déc. 1907 : S. 08. 2. 140.
110. Limoges, 22 avr. 1909 : D. P. 10. 2. 327.
111. Paris, 1er juill. 1909 : D. P. 10. 2. 287 ; Gaz. Pal. 09. 2. 451.
112. Poitiers, 11 mai 1910 : S. 10. 2. 272.
113. Montpellier, 20 janv. 1926 ; D. H. 26. 187.
114. Paris, 27 déc. 1927 : D. P. 28. 2. 207 ; S. 28. 2. 41 ; Gaz. Pal. 28. 1. 340.

115. Douai, 17 janv. 1928 : Rec. Douai 1928. 133.
116. Lyon, 28 oct. 1931 : S. 32. 2. 217.
117. Paris, 25 juin 1943 : S. 44. 2. 19 ; J. C. P. 44, 11, éd. N., 266.
118. Grenoble, 22 oct. 1945 : D. 47. 75.
119. Alger, 27 fév. 1947 : S. 48. 2. 8.
120. Paris, 28 nov. 1950 : S. 51. 2. 143 ; D. 51. 533 ; J. C. P., 52, 11, éd. N., 7072 (1re espèce).
121. Aix, 9 juill. 1951 : Journ. Not., 1952, 407.
122. Riom, 16 fév. 1953 : Gaz. Pal., 53. 2. 14.
123. Riom, 20 oct. 1955 : D. 55. 767 ; J. C. P., 56, II, éd. N., 9. 180 ; Journ. Not., 1957, art. 45277, p. 313.
124. Paris, 25 juin 1956 : D. 57 somm. 4 ; Gaz. Pal. 56. 2. 152 ; J. C. P., 57, 11, éd. N., 9999.
125. Rouen, 10 juin 1958 : D. 58. somm. 8 ; et D. 59. 73 ; Gaz. Pal. 58. 2. 197.
126. Grenoble, 2 oct. 1962 : D. 63 somm. 54 ; Gaz. Pal. 62. 2. 295.

III. — AUTRES JURIDICTIONS

1. Trib. de Rambouillet, 11 mai 185 : D. P. 55. 3. 55.
2. Trib. de Clermond-Ferrand, 26 juill. 1867 : S. 68. 2. 192 ; D. P. 68. 3. 95.
3. Trib. civ. Toulouse, 13 août 1883 : Gaz. Pal. 83. 2. 406.
4. Trib. civ. Périgueux, 11 déc. 1884 : Gaz. Pal. 85. 1. supp. 78.
5. Trib. civ. Saint Lô, 30 janv. 1885 : Gaz. Pal. 85. 1. supp. 78.
6. Trib. civ. Espalion, 22 janv. 1886 : Gaz. Pal. 86. 1. 366.
7. Trib. civ. Saint Quentin, 3 juin 1891 : Gaz. Pal. 91. 2. supp. 6.
8. Trib. rég. sup. Colmar, 27 avr. 1892 : D. P. 93. 2. 12.
9. Trib. civ. Seine, 18 janv. 1896 : Gaz. Pal. 96. 1. 395.
10. Trib. civ. Rodez, 5 juin 1906 : Pand. Fran. 1907. 2. 65.
11. Trib. civ. Seine, 5 mars 1909 : Gaz. Trib. 1er oct. 1909.
12. Trib. civ. Aurillac, 21 1909 : D. P. 10. 57 ; Gaz. Pal. 09. 2. 478.
13. Trib. civ. Vervins, 29 juill. 1910 : Gaz. Pal. 10. 2. 561.
14. Trib. civ. Rodez, 26 juill. 1915 : Gaz. Trib. 26 sept. 1915.
15. Trib. civ. Espalion, 5 déc. 1923 : S. 24. 2. 105 ; Gaz. Pal. 24. 1. 335.
16. Trib. civ. Seine, 6 déc. 1924 ; Gaz. trib. 1er juill. 1925.
17. Trib. des Landes, 17 déc. 1926 : Sem. jur. 1927, p. 231.
18. Trib. civ. Ajaccio, 24 janv. 1936 : Gaz. Pal. 36. 1. 589.
19. Trib. civ. Dreux, 24 nov. 1943 : Gaz. Pal. 44. 1. 7.
20. Trib. civ. Lyon, 1er avr. 1944 : J. C. P. 45, 11, éd. N. 2819 ; Mon. jud. Lyon, 7 juill. 1944.
21. Trib. civ. Bourganeuf, 24 juin 1949 : Gaz. Pal. 49. 2. 256.
22. Trib. civ. Seine, 23 oct. 1953 : Gaz. Pal. 53. 2. 372.

FORMULAIRE [1]

FORMULE I :

EXERCICE AMIABLE DU DROIT DE RETRAIT SUCCESSORAL

Pardevant Me , notaire à , soussigné,

— *ONT COMPARU :*

1° M. Jacques DURAND, industriel, demeurant à , célibataire majeur. D'une part.

2° M. Paul DUPONT, Négociant, demeurant à , époux de Mme . D'autre part.

Lesquels, préalablement à l'exercice du droit de retrait successoral, objet des présentes, ont exposé ce qui suit :

Exposé

I. — M. Albert DURAND, en son vivant, propriétaire, demeurant à , veuf en premières noces, non remarié, de Mme Marie DUBOIS, est décédé en son domicile susindiqué, le , laissant pour seuls héritiers, conjointement pour le tout, soit chacun divisément pour un tiers, savoir :

M. Jean DURAND, propriétaire, demeurant à .

M. Pierre DURAND, médecin, demeurant à , et M. Jacques DURAND, comparant d'une part aux présentes.

Ses trois enfants issus de son union avec Mme Marie DUBOIS, son épouse susnommée, prédécédée.

Ainsi que ces faits et qualités sont constatés en un acte de notoriété dressé, à défaut d'inventaire, après le décès de M. Albert DURAND, suivant acte reçu par Me , notaire à , le .

Une attestation constatant la transmission après le décès de M. Albert

(1) Cf. Juris Classeur Notarial — Formules commentées — Tome XI — Vo Retrait Successoral — formules 1 et 2.

DURAND des immeubles et droits réels immobiliers dépendant de la succession du de cujus, a été dressée par Me , notaire à , suivant acte reçu par lui le , dont une expédition a été publiée au bureau des hypothèques de le , volume n° .

II. — Aux termes d'un acte reçu par Me , notaire à , le . M. Jean DURAND susnommé, a cédé à M. Paul DUPONT, comparant d'autre part aux présentes tous les droits successifs mobiliers et immobiliers, tant en fonds et capitaux qu'en fruits et revenus, échu et à échoir, lui revenant dans la succession de M. Albert DURAND, son père.

Les biens et droits immobiliers compris dans la cession dont il s'agit consistaient en :

1°

2° (Désignation des biens immobiliers conformément aux prescriptions du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, portant réforme de la publicité foncière.) Cette cession a eu lieu moyennant le prix principal de francs qui a été payé comptant aux termes dudit acte qui en contient quittance et, en outre, à la charge par le cessionnaire de payer la part du cédant dans les dettes de la succession, ainsi que les droits de mutation par décès lui incombant, et les frais, droits et émoluments de l'acte de cession.

Une expédition de cet acte de cession a été publiée au bureau des hypothèques de , le , volume , n° .

III. — Suivant exploit de Me , huissier à , en date du , M. Paul DUPONT, cessionnaire, a fait signifier cette cession de droits successifs à tous les cohéritiers de son cédant au nombre desquels figure M. Jacques DURAND comparant aux présentes.

IV. — Suivant exploit de Me , huissier à , en date du , M Jacques DURAND a fait signifier à M. Paul DUPONT son intention d'exercer, dans les termes de l'article 841 du Code civil, le retrait successoral sur les droits cédés par M. Jean DURAND, son cohéritier, à M Paul DUPONT, avec offre de lui rembourser le prix de cette cession et tous les frais et loyaux coûts de cet acte, ainsi que les intérêts de droit. Et par le même exploit, M. Jacques DURAND a fait sommation à M. Paul DUPONT de se trouver à ces jour et heure, en l'étude de Me , notaire soussigné, pour faire constater l'exercice du retrait successoral par acte authentique et amiable, se réservant le droit de poursuivre l'action en justice en cas de défaut.

Ces faits exposés, il est passé aux conventions faisant l'objet des présentes.

Retrait successoral

Dans cette situation, et afin d'éviter toute instance judiciaire à cet égard, M. Paul DUPONT déclare, par ces présentes, consentir amiablement à l'exercice du retrait successoral par M. Jacques DURAND.

En conséquence, M. Paul DUPONT transporte sans aucune garantie à M. Jacques DURAND, qui accepte, tous les droits qui lui avaient été cédés par M. Jean DURAND dans la succession de M. Albert DURAND aux termes de l'acte du , susrelaté en l'exposé qui précède.

Et à l'instant, M. Jacques DURAND a payé comptant, ainsi qu'il résulte de la comptabilité du notaire soussigné, à M. Paul DUPONT, qui le reconnaît et lui en consent quittance entière, définitive et sans réserve, savoir :

1° La somme de francs, montant en principal du prix moyennant lequel la cession de droits successifs avait été consentie par M. Jean DURAND à M. Paul DUPONT, ci	»	»
2° Celle de francs, pour intérêts dudit prix courus du jour de la signification de la cession faite par M. Paul DUPONT aux ayants-droit à la succession de M. Albert DURAND, soit du , à ce jour, ci..°.. ..	»	»
3° Celle de francs, pour remboursement des sommes payées en l'acquit de M. Jean DURAND dans la succession de M. Albert DURAND, et pour lesquelles M. Paul DUPONT a fourni toutes justifications nécessaires, ci ..	»	»
4° Celle de francs, pour remboursement des améliorations faites par M. Paul DUPONT, aux immeubles compris dans le retrait, améliorations reconnues nécessaires par M. Jacques DURAND, retrayant, ci	»	»
5° Et celle de francs, pour remboursement de tous les frais et loyaux coûts payés par M. Paul DUPONT pour la cession de droits successifs et sa signification, ci	»	»
Soit au total une somme de	»	»

Par suite du retrait ainsi effectué, et comme conséquence du paiement des sommes ci-dessus indiquées, M. Jacques DURAND, retrayant, se trouve subrogé aux droits actifs et passifs, tant de M. Jean DURAND, cédant, que de M. Paul DUPONT, retrayé, dans la succession de M. Albert DURAND

Il devra notamment acquitter aux lieu et place de M. Paul DUPONT la part dont celui-ci était tenu, en sa qualité de cessionnaire de droits successifs de M. Jean DURAND, dans toutes les dettes et charges de la succession de M. Albert DURAND, ainsi que les droits de mutation non encore acquittés, le tout de manière que M. Paul DUPONT ne puisse jamais être inquiété ni recherché pour quelque cause et à quelque titre que ce soit.

Publicité foncière

En application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, une expédition des présentes sera publiée au bureau des hypothèques de , dans les délais impartis par ce décret.

Remise de titres

M. Paul DUPONT a remis à M. Jacques DURAND, qui le reconnaît, l'expédition publiée de l'acte de cession de droits successifs susrelaté, ainsi que l'original de la signification qui en avait été faite.

Mention -- signification

Pour faire signifier le présent retrait et faire toute mention partout et à qui besoin sera, tous pouvoirs sont donnés au porteur d'une expédition ou d'un extrait des présentes.

Enregistrement

Les présentes n'entraînant pas, fiscalement, une nouvelle mutation, seront enregistrées au droit fixe des actes inommés.

Election de domicile

Frais

Tous les frais, droits et émoluments des présentes, et ceux qui en seront la suite et la conséquence, seront supportés par M. Jacques DURAND, retrayant, qui s'y oblige expressément.

— *DONT ACTE.*

FORMULE II :

RENONCIATION EXPRESSE A L'EXERCICE DU RETRAIT SUCCESSORAL

Pardevant Me , notaire à , soussigné,

— *ONT COMPARU :*

1° M. Pierre DURAND, médecin, demeurant à .

2° M. Jacques DURAND, industriel, demeurant à ,

Agissant en qualité d'héritiers chacun pour un tiers de M. Albert DURAND, leur père, en son vivant, propriétaire, demeurant à veuf en premières noces, non remarié, de Mme Marie DUBOIS, décédé en son domicile susindiqué le ,

Observation étant ici faite que M. Albert DURAND a laissé, en outre, comme héritier pour le dernier tiers, M. Jean DURAND, propriétaire, demeurant à .

Ainsi que ces qualités sont constatés en un acte de notoriété dressé, à défaut d'inventaire après le décès de M. Albert DURAND, suivant acte reçu par Me notaire à , le .

Lesquels comparants ont, par ces présentes, déclaré renoncer expressément au droit que leur confère l'article 841 du Code civil, d'exercer le retrait successoral à l'encontre de la cession que M. Jean DURAND, susnommé, leur frère et cohéritier pour un tiers indivis, a consentie au profit de M. Paul DUPONT, négociant, demeurant à , suivant acte reçu par Me , notaire à , le dont une expédition a été publiée au bureau des hypothèques de , le , volume , n° .
La dite cession ayant porté sur tous les droits successifs mobiliers et immobiliers, revenant au cédant pour sa part indivise dans la succession de M. Albert DURAND, son père, décédé comme il est dit ci-dessus, et ayant eu lieu moyennant le prix de francs, payé comptant et à la charge pour le cessionnaire de payer en l'acquit du cédant la part de ce dernier dans les dettes et charges héréditaires.

En conséquence, au moyen de la présente renonciation, M. Paul DUPONT devient propriétaire incommutable des droits successifs qui lui ont été cédés par M. Jean DURAND.

Mention

Mention des présentes est consentie partout où besoin sera.

Election de domicile

— *DONT ACTE.*

TABLE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION 7

Chapitre I : ORIGINE ET EVOLUTION DU RETRAIT SUCCESSORAL 9

Section II : Origine du retrait successoral 9

— Droit romain 9
— Ancien Droit 10
— Droit intermédiaire 12

Section II : L'évolution du fondement du retrait successoral 18

I. — Fondement législatif 19

II. — L'interprétation du retrait successoral depuis le Code civil 21
— Doctrine 21
— Jurisprudence 25

Chapitre II : LA CESSION, OBJET DU RETRAIT SUCCESSORAL .. 27

Section I : Le domaine d'application 27

I. — La cession de droits indivis dans une communauté .. 29

II. — La cession de droits dans les autres indivisions 35

Section II : L'objet des droits cédés 37

I. — Le principe traditionnel 37
— Cession de la part ou d'une quote part de l'hérédité .. 37
— Cession portant sur un bien déterminé 39
— La fraude dans l'application du principe posé 42

II. — L'évolution jurisprudentielle 42
— Nouveau principe : les cessions d'universalités mobilières ou immobilières 42
— L'extension du pouvoir d'appréciation des juges du fond 48

Section III : Le caractère onéreux de la cession 52

Chapitre III : LES PARTIES AU RETRAIT 57

Section I : Les sujets actifs du retrait successoral 58

I. — Le retrayant : successible et copartageant 59

II. — La transmissibilité de la faculté d'exercer le retrait .. 64

Section II : Les sujets passifs du retrait successoral 69

I. — Successibles ne venant pas à partage 69

II. — Personnes venant au partage sans être successibles .. 76

— Conflit du retrait successoral et du retrait d'indivision — 76

Chapitre IV : L'EXERCICE DU RETRAIT SUCCESSORAL 81

Section I : Recevabilité de l'action en retrait 81

I. — Capacité d'exercer le retrait — Intention 81

II. — L'extinction de l'action.. 83

1° Renonciation 83

2° Délai d'exercice 87

Section II : Le remboursement 91

I. — Principal du prix et charges 92

II. — Fraits, fruits et accessoires 96

III. — Epoque du remboursement. Un cas de combinaison des articles 841 et 832 98

Section III : Mode d'exercice 100

I. — Retrait amiable. Retrait judiciaire 101

II. — Retrait collectif ou individuel. Bénéfice du retrait 103

Chapitre V : LES EFFETS DU RETRAIT SUCCESSORAL 105

Section I : L'effet rétroactif du retrait successoral 105

I. — Absence de mutation entre retrayant et retrayé 107

II. — L'éviction du retrayé (par substitution rétroactive du retrayant) 109

Section II : Les limites de l'effet rétroactif 111

I. — Le retrayé, propriétaire intérimaire 111

Ii. — Les parties au retrait et leurs ayants cause 114

Chapitre VI : ANALYSE CRITIQUE ET PROJETS DE REFORME .. 115

Section I : Analyse critique 115

I. — L'utilité du retrait successoral 115

II. — Le retrait successoral dans son application actuelle 120

Section II : Le retrait successoral « de lege ferenda » 125

CONCLUSION 133

BIBLIOGRAPHIE 135

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DE JURISPRUDENCE 139

FORMULAIRE 149

TABLE DES MATIERES 155

VU : *Le Président*

Signé : H. MAZEAUD
J. CARBONNIER
J. CHEVALLIER

VU : *Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de PARIS.*

Signé : VEDEL

VU et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de PARIS

Signé : J. ROCHE

Imprimerie TOURON & FILS
3, place de l'Ancienne-Comédie, 3
LIMOGES
Dépôt légal : 1er trimestre 1967